جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

رقم:06

إعداد الطالب(ة):

(1) عفاف صالحي

(2)كريمة مزوزي

يوم:2023/06/19

الولاية في النكاح وفق قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

أمال يعيش تمام	أستاذ	جامعة بسكرة	رئيسا
منى ميمون	م أ	جامعة بسكرة	مشرفا
صبرينة بلول	ا م أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية:2022 – 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿وَقُلِ ٱعۡمَلُواْ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمۡ وَرَسُولُهُۥ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَٰلِمِ ٱلۡغَيۡبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمۡ تَعۡمَلُونَ١٠٥﴾

[التوبة: 105]

شكر وعرفان

نحمد الله عز وجل الذي أنعم علينا لإتمام هذه الرسالة بكل فرح وسرور، ومن ثم يقتضي منا واجب الشكر والاعتراف بالفضل ونتقدم بخالص الشكر والامتنان للأستاذة ميمون منى على كل ما قدمته لنا من نصح وتوجيه وإرشاد وتشجيع وملاحظات، وصل بنا إلى إنجاز وإتمام هذا العمل الذي بين أيديكم.

إلى كل أساتذتنا اللذين كانوا لهم الفضل العظيم في تنمية قدراتنا العلمية والوصول إلى إنجاز هذا البحث نفعنا الله بعلمهم وجازاهم كل الخير

كما نتقدم بشكرنا لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا البحث.

وإلى كل من قدم لنا يد العون والمساعدة من قريب أو بعيد في إتمام هذا العمل المتواضع وخاصة طاقم مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

وختاما نتقدم باحترامنا للجميع ونسأل الله العلي القدير التوفيق لرد بعض من فضله وندعوه ونتضرع إليه أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم

كما نسأله سبحانه وتعالى الصدق والإخلاص فيما نقول وفيما نكتب يعلمنا مالم نعلم من دينه الحنيف وأن ينفعنا بما نعلم، هو الحي القيوم لا إله إلا هو إنه ولي ذلك والقادر عليه

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

شرع الله سبحانه وتعالى النكاح منذ خلق سيدنا آدم عليه السلام إلى إنتهاءالبشرية، لأنه يعتبر من الأعمال الصالحة والمستحبة وأساسا للحياة الأسرية ووسيلة للتكاثر والتناسل على الأرض وذلك حفاظاعلى النوع الإنساني واستمراريته.

ولقد استمد المشرع الجزائري تنظيمه لهذا العقد من أحكام الشريعة الإسلامية، و نص على النكاح في قانون الأسرة الجزائري بأنه عقد رضائي بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، بهدف تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، و يتميز هذا العقد بأركان وشروط كغيره من العقود وذلك لتنظيمه وحمايته وليكون عقدا صحيحا.

وتم تحديد هذه الأركان و الشروط في قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الذي كان يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية والذي اعتبره الغالبية تعبيرا عن السيادة الإلهية في تشريع القوانين، في حين ظهرت أصوات تنادي بأن هذا القانون لا يتماشى مع العولمة والمساواة بين الرجل والمرأة و يجب القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فتسبب ذلك بصراع بين مؤيدين ومعارضين له ، فتم تعديل هذا القانون وتغيير أركان وشروط عقد النكاح بالأمر رقم 05-02 و الإنتقال من الأسرة المحافظة إلى الأسرة المتحررة قوامه المساواة بين الرجل والمرأة.

وذكر المشرع الجزائري هذه الشروط من خلال المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و تجسدت في كل من أهلية الزواج، الصداق والولي ثم الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

ومن الأسباب التي أدت بنا إلى إختيار هذا الموضوع:

_ الرغبة الذاتية في دراسة هذا الموضوع.

ـ محاولة دراسة وتحليل المواد القانونية لقانون الأسرة المتعلقة بالولي خاصة بعد التعديل الأخير من خلال الأمر05-02.

تكمن **أهمية الموضوع والبحث الآتي في:**

ـ الولاية في عقد النكاح لها أهمية كبيرة في الدين الإسلامي وفي القوانين الوضعية تهدف لحماية الأبناء من أي ظلم أو إستغلال يمكن أن يتعرضوا له.

ـ الولي هو سند للمرأة سواء كانت متزوجة أو لا وحافظ لحقوقها ومصالحها و مرشدها للصحيح وحاميها من الوقوع في الخطأ.

ـ الولاية شرط من شروط صحة عقد النكاح.

.للولي مكانة هامة في الشريعة الإسلامية ودليل ذلك وجود كم هائل من النصوص القرآنية و الأحاديث النبوية الشريفة التي أبرزت مكانته في عقد النكاح.

ومن بين أهم أهداف هذه الدراسة :

ـ التعرف على مفهوم الولاية في النكاح وأسبابها .

ـ دراسة موقف المشرع الجزائري من الولي في عقد النكاح وكيف تمت معالجته.

ـ وتهدف هذه الدراسة إلى التعرف على حالات إنتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد، وابراز آثار تخلف الولي في عقد النكاح.

ـ إعطاء وجهة نضرنا من خلال تحليل المواد القانونية المتعلقة بالولي خاصة بعد التعديل الأخير من الأمر 05-02.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع واجهتنا صعوبات من أهمها:

ـ قلة توفر كتب قانونية خاصة ومتخصصة عن الولي أو الولاية بصفة عامة وخاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة من الأمر05-02.

ـ ضيق الوقت نسبة لأهمية الموضوع وإتساعه.

ومن هذا يمكننا طرح الإشكاليات التالية :

إشكالية البحث الرئيسية:

إلى أي حد وفق المشرع الجزائري في الولاية في عقد النكاح؟

إشكاليات البحث الفرعية:

ما مفهوم الولاية في النكاح ؟ وماهي شروطها وأسبابها؟

ما هو دور الولي في عقدالنكاح؟وماهي حالات إنتقال الولاية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية

إعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، بحيث قمنا بتحليل آراء الفقهاء و نصوص المشرع الجزائري حول موضوع الولاية في النكاح لأنه من أهم المواضيع التي تعتبر محل نقاش وجدال بين الفقه والقانون، وإعتمدنا كذلك على المنهج الوصفي لأنه المنهج الملائم لسرد الأدلة على وجوب الولي في عقد النكاح، ومن خلال هذه العملية السردية التحليلية إرتكزنا على بعض الدراسات السابقة من أهمها:

ـ رسالة ماجستير "بعنوان الولايه في النكاح" للدكتور عوض بن رجاء العوفي، سنه 1983 في جزئين كان دراسة من الجانب الشرعي دون القانوني.

ـ رسالة دكتوراه بعنوان "شرط الولي في عقد زواج المرآه الراشدة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي"، من اعداد سمير شيهاني كليه الحقوق والعلوم السياسيه ، جامعه مولود معمري تيزي وزو 2014.

ـ كتاب عيسى حداد "عقد الزواج "دراسة مقارنه منشورات باجي مختار عنابه 2006.

الخطة العامة للبحث

من أجل دراسة هذا الموضوع تم تقسيمه الى فصلين حيث تطرقنا في:

الفصل الاول: ماهية الولاية في عقد النكاح، وتم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين حيث جاء المبحث الأول تحت عنوان مفهوم الولاية في عقد النكاح أما المبحث الثاني شروط الولاية في عقد النكاح وأسبابها.

الفصل الثاني: جاء تحت عنوان المركز القانوني والشرعي للولي في عقد النكاح وتم تقسيمه إلى مبحثين

المبحث الاول دور الولي وترتيب الأولياء في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني بعنوان حالات انتقال الولاية للأبعد.

الفصل الاول: ماهية الولاية في عقد النكاح

يعتبر عقد النكاح من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته فهو اقتران بين الرجل والمرأة أي ارتباطهما وتوافقهما لقول الله تعالى: ﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١﴾ [الروم: 21] لتكوين أسرة التي هي عمود المجتمع و أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب[1]، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بعقد النكاح الذي يسمى أيضا بعقد الزواج والذي يعتبر من العقود الرضائية فيتم بالإجاب من طرف الرجل والقبول من طرف المرأة الذي يتولاه عنها أبوها أو أي شخص من أقاربها وذلك حفاظا لحقوقها و لتمثيلها بمجلس الرجال وهو ما يعرف بالولي في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري فاختلفت المذاهب الفقهيه في تعريفه و في تحديد أنواع الولاية. وفي الشروط الواجب توفرها في الولي و في تحديد أحكامه وأسبابه وأسس الولاية ومن خلال ما سبق قمنا بتقسييم هذا الفصل إلى مبحثين حيث سنتطرق في:

المبحث الأول : مفهوم الولاية في عقد النكاح.

المبحث الثاني: شروط الولاية في النكاح وأسبابها

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد النكاح

تعتبر الولاية من الموضوعات التي أثارت جدل بين فقهاء المذاهب الفقهية المختلفة فتعددت وجهات النظر في احكامها مما ادى الى تعدد تعريفاتها فمنهم من عرفها بمفهوم عام ومنهم من حصرها بمفهوم خاص، سنسعى من خلال بحثنا هذا الى التطرق إلى تعريف الولاية، سنتعرف

1 بلحاج العربي ،احكام الزوجية واثارها في قانون الاسرة الجزائري ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،2013،ص87
1

في المطلب الاول على تعريف الولاية في النكاح لغة و شرعا وقانونا ، وفي المطلب الثاني إلى مشروعية الولاية في النكاح، وفي المطلب الثالث الى أنواع الولاية في النكاح.

المطلب الاول: تعريف الولاية في عقدالنكاح

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة

الوَلاية : بفتح الواو وكسرها مصدر ولي الرجل و الرجل يليه، وولي عليه يلي ،وذلك إذا نصره وأعانه اوقام بأمره وتولى شؤونهم والولي الوصف منه فللولي في اللغة معنيان أحدهما الناصر والمعين وثانيهما القائم بأمر الشخص والمتولى لشؤونهم. [1]

الولاية هي اسم من اسماء الله عز وجل لقوله تعالى ﴿إِنَّ أَوْلَى ٱلنَّاسِ بِإِبْرَٰهِيمَ لَلَّذِينَ ٱتَّبَعُوهُ وَهَٰذَا ٱلنَّبِيُّ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْۗ وَٱللَّهُ وَلِيُّ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [2] فالله سبحانه وتعالى متولي أمور الخلق جميعا .

الولاية في اللغة من الفعل وليَ، وليُ الشيء ووليٌ عليه ولايةً، وولايةٌ، وقيل الولايةُ الخطة كالإمارة، والولايةُ المصدر، ابن السكيت :الولاية بالكسر، السلطان، والوِلاية النُّصرة، يقال:هم علي وَلايةُ اي يجتمعون في النُصرة.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَواْ وَّنَصَرُوٓاْ أُوْلَٰٓئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍۚ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمْ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْۚ وَإِنِ ٱسْتَنصَرُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ فَعَلَيْكُمُ ٱلنَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [3]

والولي: ولي اليتيم الذي يلي امرِه ويقوم بكِفالته، ووَليُ المرأةِ: الذي يتولى عقد النكاح عليها ولايدعها تسْتَبِدُ بعقد النكاح دونه [4].

والوَليُ: ضد العدو [5]

---

1 رمضان الشرنباصي، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان، ص123.
2 سورة آل عمران، الآية68.
3 سورة الأنفال، الآية 72.
4 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج15، ط3، دار صادر، بيروت، 1414ه، ص407.
5 ابي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري راجعه د/محمد محمد تامر، تاج اللغة وصحاح العربية، مجلد1، دار الحديث، القاهرة، ص1280.

والولاية من كل ما سبق تشعر المتتبع أنها القيام على شؤون الغير ومتابعتها وتدبير أمره بما يصلح حاله [1]، وتصح الولاية إلا على من كان قادر على القيام بها والتحمل والتصرف و التدبر في شؤون الغير.

الفرع الثاني: تعريف الولاية شرعا

اختلف الفقهاء في التعريف الشرعي للولاية فعرفها كل منهم بطريقته الخاصة وهي كالتالي:

اولا: تعريف الولاية عند الفقهاء القدامى

تعدد تعريف الولاية لدى الفقهاء حيث اختار كل مذهب تعريف خاص به وهي:

تعريف الولاية في المذهب الحنفي: الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، أي لا يلتفت إلى رأي المولى عليه بل يجبر على نفاذ تصرف الولي كغير المميز. [2]

تعريف الولاية في المذهب الشافعي: جاء في تكملة المجموع قوله "من له على المرأة ملك، أو بنوه، أو أبوه، أو تعصيب، أو ولاء، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أوذو إسلام" [3]

اتفق الشافعية والحنابلة على عدم ذكر تعريف للولاية بمعناها العام بل اشارو الى ان الولاية سلطة تمنح للشخص اما عن نفسه واما عن غيره وذلك في اكثر من موضع [4]

تعريف الولاية في المذهب المالكي: الناظر في كتب الفقه المالكي يجد أن فقهاء هذا المذهب قد عرفو الولاية بإعتبار الآصرة الموجبة للإرث [5]

أما ابن جزي فقال الولاية خمسة أنواع ولاية الإسلام، ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها، وولاية الحلف، وولاية الهجرة وكان يتوارث بهما أول الإسلام، وولاية القرابة وولاية العتق، والميراث بهما ثابت [6].

فالموارثة في فقه المالكية هي المناصحة والمؤازرة والنصرة والتعاون على البر وتقوى الله.

---

1 نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص33.
2 حافظ محمد انور، ولاية المراة في الفقه الاسلامي، دار بلنسية للنشر و التوزيع، ط1، السعودية، الرياض، 1420ه، ص24، ص25.
3 نضال محمد ابو سنينة ،المرجع السابق ،ص35،ص36.
4 ناصر احمد ابراهيم، موقف الشريعة الاسلامية من تولي المراة عقدالنكاح، دراسة فقهية مقارنة، ص221.
5 نفس المرجع، ص227، ص228.
6 احمد جبر عبد ربه جحيش، الولاية في النكاح (ومايترتب عليها من احكام)، دار اعادة هندسة الفكر، ط1، 2008م، ص4.

ثانيا :تعريف الولاية عند الفقهاء المعاصرين

تطرق إليها المعاصرون بعدة تعريفات استنادا إلى ما سبقهم فنجد الإمام محمد ابو الزهرة عرفها بأنها هي "القدرة على انشاء العقد نافذا" [1]

بينما الدكتور عبد الكريم زيدان عرفها بأنها قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير أو ماله [2]

أما أحمد أبو الزرقاء عرفها بأنها قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية. [3]

ومن خلال تعريف المعاصرين للولاية نستنتج أن الولاية هي سلطة شرعية تمنح للشخص تمكنه من التصرف والقيام بشؤون نفسه و شؤون غيره.

ثالثا :تعريف الولاية في النكاح

هي سلطة شرعية لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده. [4]

ولقد عرفها إبن عرفه: من له على المرأة مللك أو أبوه أو تعصيب أو إيصاء أو سلطنة أو ذو إسلام[5].

من خلال التعاريفات السابقة توصلنا إلى أن الولاية في النكاح هي نيابة شرعية تمنح للشخص من الأقارب بالعصبة أو بنوه أو وكالة أو نسب أو وصية للتصرف في شؤون الغير كالمرأة أو القاصر الذين لا يستطيعان القيام ببعض الأمور ومنها الزواج.

الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا

لم يضبط المشرع الجزائري تعريف الولاية في النكاح وترك ذلك لفقهاء القانون ولقد اكتفى ببيان الأحكام الخاصة بها وذلك في المادتين 11 و 13 بموجب الأمر05-02 المؤرخ في

1 محمد ابوالزهرة، الاحوال الشخصية، الولاية على النفس، ط3، دار الفكر العربي، 1957، ص107.
2 محسن عبد فرحان الجميلي، الولاية على السفيه في النكاح في الفقه الاسلامي، مجلة مداد الاداب، العدد الخامس، كلية الاداب الجامعة العراقية، بغداد، العراق، ص305.
3 مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، 1424ه/2004م، ص843.
4 عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج1، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1423ه/2002م، ص29.
5 بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة مدعمة بالادلة الشرعية وقانون الاسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة والنشر، ص127.

2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 [1]، وبين من تثبت لهم الولاية ومن تثبت عليهم في عقد الزواج، وقد ترك المشرع الجزائري المجال فسيحا لرجال الفقه القانوني، ليتولوا ضبط تعريف كاف وشامل للولاية عن طريق الدراسات والاجتهادات المختلفة.

وقد عرفها فقهاء القانون، فلم يختلفوا عن تعريفها اصطلاحا فهي سلطة شرعية، تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا ، وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية. [2]

المطلب الثاني: مشروعية الولاية في عقد النكاح

قسمنا هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول سنتكلم فيه عن مشروعية ولاية التزويج اما الفرع الثاني سنتناول فيه الحكمة من الولاية في عقد النكاح وسيتم شرح هذين العنصرين فيما يلي:

الفرع الأول: أدلة مشروعيتها

إن الولاية تعتبر شرطا من شروط صحة العقد في إنشاء رابطة الزواج، فلذلك فإنها مشروعة وجائزة، وقد ثبتت مشروعيتها بكل من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول، وسيتم بيانها كالتالي:

أولا: الكتـاب

في قولـه تعـالى:﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[3]

وقد ذكر الشافعي رحمه الله أن هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل.

ثانيا: السنة

فقوله فيما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل" (ثلاث مرات)، "وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[4]

---

1 قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404ه الموافق ل09يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 18محرم1426ه الموافق ل27 فبراير 2005م، ج.ر.ج.ج، ع15، ص.ت27فيفري2005م، الموافق ل18محرم 1426ه.

2 محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم الاسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008م/2009م، ص365.

3 سورة البقرة، الآية232

4 سنن أبي داوود كتاب النكاح باب في الولي حديث رقم 2083

وهذا حديث صحيح صححه ثلة من العلماء على رأسهم ابن حبان والحاكم والبيهقي، وجاء في معنى الحديث أنه أي امرأة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل شرعا، واذا رفض وليها تزويجها أو تشاجروا ورفض أن يكون وليها فالسلطان وليها لأنه ولي من لا ولي له.

ثالثا: المعقول

فلا يمكن أن يترك الإسلام هذا العقد ـــــ الزواج ـــــ لأهميته الكبرى، وآثاره الاجتماعية العظمى، لا يعقل أن يتركه دون رعاية واهتمام وتوثيق واستشارات، حيث إن المرأة غالباً ما تحكمها العاطفة ويغلب عليها الضعف، وهي قليلة الخبرة بالرجال، ويمكن أن تنخدع بهم، لأجل هذا كان لا بد من الولي ليكون سنداً لها، ومساعداً تستنير برأيه، فيحقق لها المصالح ويدرأ عنها المفاسد.

ولا يفوتنا أن نبين أن الولاية في النكاح كانت لئلا تنسب المرأة إلى الوقاحة، ففي مشروعيتها رعاية لحقها، وحفاظ على عفتها وطهارتها، وصيانة لأدبها وحيائها، فليس في ذلك تعد على حقوقها، أو هضم لحريتها ورأيها كما يتشدق البعض.

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعيتها

ان الحكمة من مشروعية الولاية في النكاح تنبع من أهمية النكاح نفسه، وما يترتب عليه من أثر في حياة الانسان، فمشروعيتها من تمام عناية الاسلام بهذا العقد وصيانته ورفع مكانته ورعاية مقاصده، ولذلك اصبحت اهميه الولاية في النكاح عند المسلمين في مختلف عصورهم ادراكا منهم لأهميتها في حياتهم الاجتماعية .

حيث شرعت الولاية من اجل المحافظة على الصغار والقصر حتى لا تضيع حقوقهم ثم انه لا يليق بمحاسن العادات ان تتولى المرأة عقد النكاح بنفسها او لغيرها لما يجب ان تكون عليه من الحياء.

وقد يتوهم البعض ان السلف عندما قرروا بوجود ولاية الاجبار هذه على المرأة، انهم لا يقيمون وزنا لشرط الرضا في الزواج، وذلك لما عرف عن فقهاء السلف الصالح في عنايتهم بما عرف بولاية الاجبار التي يملك الولي بمقتضاها ان يزوج من يجهل امور الزواج لصغر او فقد عقل بمن يراه كفئا دون اذن من المولي عليه بالزواج، ويرى الفقهاء ان استئذان البكر البالغة العاقلة امر مستحب، لأن من مقاصد الشرع حماية الضعفاء وللحماية جانبان جانب ايجاد وجانب عدم. فرعاية جانب الايجاد: تكون بإقامه كل ما يدفع الضعف او يعين على التغلب على أثاره واما رعاية جانب العدم: فيكون باتخاذ الوسائل النافعة لدفع الاختلاف الذي قد يلحق بمصلحه الضعيف وانطلاقا من هذا الحس الراقي استأنس الفقهاء بالنصوص الشرعية التي تومئ الى حق الاولياء في رعاية مصالح الضعفاء والتخيير لهم

وذلك ان المولى عليه في النكاح اما ان يكون عاجزا عن إدراك المصلحة لنفسه بنفسه، وعن درء المفسدة عنها كالصغار والمجانين ذكورا واناث، فهؤلاء تكون الولاية عليهم في النكاح ضمن ولاية اعم واشمل لحفظ الانفس والاموال ورعاية المصالح ودرء المفاسد فتكون بيد اوليائهم، بالإضافة الى وازع الشرع الذي يقوم على الشفقة والحرص على القيام بشؤون ذوي القربة العاجزين، وتلك هي الرعاية الاجتماعية في أسمى مكانتها وفي أكمل وصفها، وهذا مما لا خلاف فيه.

وعندما يكون المولى عليه في النكاح هي الانثى فالولاية عليها هنا هي الرعاية والمحافظة على حقها وصيانة لكمال ادبها وكرم حيائها، وايصالها الى مرادها دون هضم لحقها في اختيار من ترضاه زوجا لها، ان كانت قادره على النظر وحسن الاختيار، ودون اهمال لها بتركها تضع يدها في يد من تهوى في عقد زواج الذي يعتبر ميثاق غليظ وعقد مهم في حياتها وهذا ما إذا كان امر نكاحها شورى بينها وبين اوليائها بحيث يكون لها الحق في املاء شروطها حتى تطيب نفسها، بشرط ان لا تختار ما لا خيرة لها فيه.

المطلب الثالث: أنواع الولاية في النكاح .

بعد تعريف الولاية بأنها سلطة شرعية تثبت للشخص فلقد تم تقسيمهامن طرف الفقهاء إلى نوعين ولاية على النفس وهي أن يتصرف الشخص في شؤون الغير كتعليمه وتربيته وحضانته وتزويجه، وولاية على المال هي التصرف في أموال غيره وتكون فيها مصلحة له كالبيع والشراء والإيجار أما جمعهما معا هم ولاية على النفس والمال، أما ما يهمنا هي الولاية على النفس وقد تكون هذه الولاية إما قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه، أو ولاية متعدية وهي سلطة شرعية تمكن الشخص من التصرف في شؤون غيره كتزويجه، ويقسمها الفقهاء إلى ولاية إجبار و ولاية اختيار، وهذا هو موضوعنا حيث تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول ولاية الإجبار وفي الفرع الثاني ولاية الإختيار.

الفرع الاول: ولاية الاجبار في عقد النكاح

سنتطرق في هذا الفرع الى ولاية الاجبار في الفقه الاسلامي(اولا)،ثم الى موقف المشرع الجزائري من ولاية الاجبار(ثانيا).

أولا: ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي

1/ تعريف ولاية الإجبار

ـ لغة: الإجبار من أجبره على الأمر أي أكرهه عليه ،وجبره على الأمر أكرهه عليه، و الإجبار الإكراه وهو سلب الاختيار من الإنسان في أفعاله[1].

ـ شرعا واصطلاحا:

التعريف الشرعي: حمل الغير من ذي ولاية بطرق الإلزام على عمل تحقيق لحكم الشرع[2].

التعريف الاصطلاحي

هو إنكاح الأب ابنته البكر [3] التي لم تذهب عذرتها أي بكارتها إن لم تبلغ قهرا عليها، أو هو سلب الأب المجبر ابنته البكر التي لم تذهب عذرتها الاختيار في الزواج بمن ترغب فيه قهرا[4].

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا ان ولاية الإجبار في الزواج هي اجبار و إكراه البنت في الزواج دون الأخذ برأيها ومباشرة الولي العقد دون التوقف على إذن أو رضى المولى عليها.

2/ من تثبت له ولاية الإجبار

اختلفت آراء الفقهاء باختلاف مذاهبهم في من تثبت له ولاية الإجبار وهي كالآتي.

المذهب المالكي والحنبلي

تثبت ولاية الإجبار عند مالك وأحمد بن حنبل للأب أو وصيه بالتزويج بينما لقد اشترط الإمام أحمد في ولاية الوصي بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج[5].

المذهب الحنفي

1 بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص178.
2 أحمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، 1988م، ص193.
3 البكر: هي التي لم يسبق لها الزواج، او تزوجت وفارقت زوجها قبل الدخول عليها، ومثلها التي زالت بكارتها بوثبة او مرض او تعنس او زالت بكارتها بزنى دون ان يقام عليها الحد ولم يتكرر منها ذلك /عيسى حداد، عقد الزواج (دراسة مقارنة) ،منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص121.
4 بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص178.
5 محمدابو الزهرة، المرجع السابق، ص111.

تثبت ولاية الإجبار لكل ولي من العصبات ويقدم الأقرب فالأقرب إلا أن المزوج لو كان الأب أو الجد كان عقده نافذا ولا خيار للمرأة إذا بلغت، وإذا كان الولي غيرهما كان للمرأة الخيار إذا بلغت[1].

المذهب الشافعي

تثبت ولاية الاجبار عند الشافعية لكل من الأب والجد عند عدم الأب. [2]

وكذلك فيملك الولي تزويج المجنون أو المجنونة جبرا عليهما دون التوقف على رضاهما سواء أن يكونا كبيرين أو صغيرين، وكذلك البكر العاقلة يزوجها جبرا عليها ودون رضى ولا إختيار سواء كانت بالغة أو غير بالغة أما الثيب [3] فلا تثبت عليها ولاية الإجبار مطلقا سواء كانت صغيرة أو كبيرة، لأن الثيب أحق بنفسها، ثم إن كانت صغيرة فلا يملك أحد تزويجها الأب ولا غيره لأنها ما زالت صغيرة فلا رأي لها ولا أمر، فإن كانت كبيرة تكون الولاية عليها ولاية شركة. [4]

3/ من تثبت عليه ولاية الاجبار

اختلفت آراء الفقهاء في من تثبت عليه ولاية الإجبار وهي كالآتي:

ـ **عند المالكية:** تثبت ولاية الإجبار عند المذهب المالكي بأحد السببين البكارة والصغر فيقع الإجبار للبكر وإن كانت بالغا، و للصغيرة وإن كانت ثيبا ويستحب إستئمارها[5].

عند الحنفية: تثبت ولاية الإجبار عند الحنفية لكل العصبات على فاقدي الأهلية، فتثبت على المجنون صغيرا كان أو كبيرا، سواء كان المجنون أصليا أم طارئا، وتثبت كذلك على الصغير غير المميز أو ثيبا[6].

1 اسماعيل ابا بكر البامري، احكام الاسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، ط1، دار الحامد، عمان، 2008، ص126.
2 اسماعيل أبا بكر البامري،المرجع السابق، ص128.
3 الثيب:هي المراة التي زالت بكارتها بوطء مطلقا، الا ان الموطؤة بالزنا خلاف ذلك /عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق، ص345.
4 أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص200.
5 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط7، ص195.
6 سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الاسلامي، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014/10/22م، ص104.

ـ **عند الشافعية:** يقترب المذهب الشافعي من المذهب المالكي من حيث ثبوت ولاية الإجبار على البكر مطلقا صغيرة أو كبيرة وعلى المجنونة وعلى الغلام الصغير دون الكبير[1].

أما عند الحنابلة: تثبت ولاية الإجبار على المرأة أن تكون بكرا فالولاية عليها إجبارية [2].

نتوصل من خلال آراء الفقهاء من المذاهب الأربعة أن ولاية الإجبار تثبت على المرأة بكرا كانت او ثيبا وعلى فاقد الأهلية وعلى المجنون صغيرا كان أو كبيرا وكما تثبت على الصغير.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من ولاية الاجبار

بعد التعرض لولاية الإجبار في الفقه الإسلامي وآراء الفقهاء حولها نلاحظ أن المشرع الجزائري نص في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري بأن "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" [3] أي أن عقد الزواج هو عقد رضائي بين الزوجين ولا يتم بالإجبار من طرف الولي على المتولي عليها سواء كانت مرأة راشدة أو قاصرة.

ولقد أعطى المشرع الجزائري الحرية للمرأة الراشدة لانعقاد عقد زواجها وذلك من خلال نص المادة 11 الفقرة الأولى من نفس القانون التي توضح بأن" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره " [4] فلم يحدد المشرع الجزائري في المرأة بكرا أو ثيبا اشترط فقط الرشد وهو أن تتمتع بالأهلية الكاملة.

ولقد أشار إلى زواج القصر وحدد الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية وذلك في نص المادة 11 من قانون الاسرة الجزائري الفقرة الثانية "يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له " [5] ومنع كل أشكال الإجبار عليهم من خلال نص المادة 13 من نفس القانون بأنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها" [6]

نستنتج من خلال نصوص المواد السابقة أن المشرع الجزائري يعتمد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج و حرية الإختيار سواء للمرأة الراشدة أو القاصرة.

---

1 نفس المرجع ، ص109.
2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983م، ص294.
3 المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري.
4 المادة 11 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري.
5 المادة 11الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري.
6 المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: ولاية الاختيار في عقد النكاح

سنتطرق في هذا الفرع الى ولاية الاختيار في الفقه الاسلامي (اولا) ، ثم الى موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار(ثانيا).

اولا: ولاية الاختيار في الفقه الاسلامي

1/ تعريف ولاية الاختيار:

ـ **لغة:** الإصطفاء مصدر اختار، وهو الانتقاء وتفضيل الشيء على غيره[1] .

ـ **اصطلاحا**: تعرف ولاية الاختيار بأنها" ولاية مشاركة عند المالكية لأنها ولاية لا جبر فيها وأساسها الإختيار وتثبت للمرأة غير أنه يستحسن أن تستشير وليها حتى لا توصف بالخروج عن العادات والتقاليد" [2]

وتعرف عند الحنفية بأنها ولاية ندب و استحباب أي يستحب الولي مباشرة العقد نيابة على المولى عليه. [3]

وتعرف أيضا بأنها هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليها بل لابد من أن تتلاقى إرادتهما ، ويشركا في الإختيار ويتولى هو الصيغة [4]

وعرفها أيضا الدكتور حافظ محمد أنور " ليس للولي إجبار موليته على الزواج، بل يراعي رغبتها وينظر إلى إرادتها حتى يتم الزواج بإذنها ورضاها، وذلك كالولاية على المرأة البالغة العاقلة الكاملة الأهلية بكرا كانت أو ثيبا[5].

من خلال التعاريف السابقة توصلنا إلى تعريف ولاية الإختيار بأنها الولاية التي تجتمع وتتحد فيها إرادة الولي مع المولى عليها في الزواج وتثبت للولي على المرأة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا وذلك بعد رضاها فلا يستطيع الأب أو غيره من العصبات والمقربين إجبار المولى عليها على الزواج خلاف ولاية الإجبار، وهذا نفس ما تطرق اليه المذهب المالكي بأنها ولاية مشاركة فيتولى الولي الصيغة فقط بعد الاتفاق معها على النكاح.

---

1 بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص180.
2 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص401.
3 محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص293.
4 عيسى حداد، المرجع السابق، ص120.
5 حافظ محمد انور، المرجع السابق، ص34.

2 / من تثبت له ولاية الإختيار

تعددت آراء الفقهاء في من تثبت له ولاية الاختيار وهي كالآتي:

تثبت ولاية الإختيار عند المذهب الحنفي لكل الأولياء وهم العصابات في جميع الأحوال بالنسبة للقاصر والبالغ يزوج نفسه وكذلك فالمرأة البالغة تزوج نفسها ويندب لها استئذان وليها وإذا لم يكن هناك عاصب انتقلت الولاية لذوي الأرحام عند الحنفية[1].

اما عند الجمهور فإن الأولياء هم العصبات جميعا ولقد اختلف الجمهور في ترتيبها فعند الشافعية لا يعتبر الابن وليا لأن تزويج المعتوهين والمجانين لا يجوز لديهم إلا لضرورة.

ويقدم الحنابلة الأب على الابن في هذه الولاية وأما المالكية فترتيبهما الأبناء ثم الآباء، ثم الأخوة، ثم الجد ثم الأعمام. [2]

3/ من تثبت عليه ولاية الاختيار

تعددت آراء الفقهاء في من تثبت عليه ولاية الاختيار، فعند الحنفية تثبت ولاية الاختيار للفتاة البالغة العاقلة التي بلغت سن البلوغ ولها الحرية في اختيار زوجها، وتعقد زواجها بنفسها بغير الكفاءة ومهر المثل بكرا كانت أو ثيبا دون استشارة أحد وإن كان يندب إليها اشتراك وليها بالأمر، وهذا ما عمل به في المذهب الحنفي وهو قول أبي حنيفة.

واشار الإمام محمد الى أنه لا بد من إذن وليها، ويعتبر موقفاعلى إجازتهم.

و للإمام أحمد بن حنبل ثلاث روايات اختار أشهرها ابن القيم وهي تتفق مع رأي أبي حنيفة.

اما الشافعي قال تثبت ولاية الإختيار للثيب البالغ، فليس لوليها الحق أن يجبرها على الزواج بل لابد من موافقتها ورضاها على أن يقوم هو بإنشاء العقد.

وقال أبو ثور من أصحاب الشافعي للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى صيغة العقد بنفسها، ولكن ليس لها أن تنفرد بالزواج دون موافقة وليها فإن رضي وليها عقدت العقد بعبارتها. [3]

---

1 عبد الرحمن الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الاسلامي، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، دولة الامارات العربية المتحدة، 2000، ص227.

2 نفس المرجع، ص227.

1 عبد الرحمن الصابوني،المرجع السابق، ص228.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار

بعدما تطرقنا لولاية الإختيار في الفقه الإسلامي نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على الرضا كركن أساسي لعقد النكاح وذلك حسب نص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" [1] ، فالنكاح هو عقد رضائي ولا يتم بالإجبار أي يتم بالإختيار والرضا من الطرفين وعليه يمكن الرجوع إلى نص المادة 11 من قانون الاسرة الجزائري الفقرة الأولى، يتضح لنا أن المشرع أخذ بولاية الإختيار للمرأة الراشدة والتي نصت على "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" [2]، فأعطى لها حرية اختيار الولي وجعل رضاها الركن الأساسي، لانه اذا اختل ركن الرضا يبطل عقد النكاح حسب ما نصت عليه المادة33 من نفس القانون التي نصت "بأن يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" [3].

اما بالنسبة للبنت القاصرة نصت المادة 11 في الفقرة الثانية من قانون الاسرة الجزائري "يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لاولي له" [4]، حدد المشرع من خلال هذه المادة الاشخاص الذين تثبت لهم الولاية على القصر وترتيبهم ولقد منع المشرع الجزائري الأولياء أو الأقارب بحسب درجتهم بإجبار القاصرة بالزواج من شخص ليس لها رغبة فيه وبدون موافقتها وذلك من خلال نص المادة 13 من نفس القانون التي نصت على "لايجوز للولي، ابا كان او غيره، ان يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له ان يزوجها بدون موافقتها" [5].

1 المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري.
2 المادة 11 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري.
3 المادة 33 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري
4 المادة 11 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري.
5 المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني : شروط الولاية في عقد النكاح وأسبابها

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول عن ضبط مفهوم الولاية في عقد الزواج على انها نيابة شرعية تمنح للشخص من الأقارب للتصرف في شؤون الغير كالمرأة او القاصر الذين لا يستطيعون القيام ببعض شؤونهم ومنها الزواج وأيضا تكلمنا عن مشروعية الولاية واستدللنا عليها من الكتاب والسنة وكذلك عن أنواعها في عقد النكاح، وبذلك سنتناول في هذا المبحث عن أسباب ثبوت الولاية والشروط الوجوب توافرها في هذا العقد، حيث قسمنا المبحث الى مطلبين، المطلب الأول سنتبين فيه شروط الولاية في عقد الزواج، اما الطلب الثاني فسنتبين فيه أسبابها ثبوتها.

المطلب الأول: شروط الولاية في عقد النكاح

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الولي شروط يجب أن تكون متوفرة فيه ليكون أهلا للتعاقد و لتحقيق المصلحة للمتولي عليها لأن ليس كل ولي صالح لإبرام عقد الزواج، بل يجب أن تتوفر فيه شروط ولقد اختلف الفقهاء في تحديدها منها شروط متفق فيها وشروط مختلف فيها، وسنتطرق في هذا المطلب الى شروط الولاية المتفق فيها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية والى شروطها في قانون الاسرة الجزائري.

الفرع الاول: شروط الولاية في الشريعة الاسلامية

أولا: شروط الولاية المتفق عليها بين الفقهاء

1 / كمال الأهلية: تثبت الاهلية للشخص البالغ العاقل الراشد الغير مصاب باي عارض من عوارضها، فلا أهلية للصبي والمجنون والمعتوه والسكران لأن السكر يذهب العقل، وكذا مختل النظر بهرم وهو كبير السن والخبل والرقيق الذي لا تكون له الولاية لغيره لأنه مشغول لخدمة سيده مملوك له، ولا يكون متفرغ للقيام بشؤون غيره. [1]

2 / اتحاد الدين

يجب أن يتفق دين المولى والمولى عليه فلا ولاية لغير مسلم على مسلم، وذلك لقوله تعالى:

﴿ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [2] فولاية الكافر لا تصح لأن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية يرتب آثار و نتائج وله أهمية كبيرة في المجتمع . [3]

1 وهبة الزحيلي، المرجع السابق،195.
2 سورة النساء، الآية141.
3 عيسى حداد، المرجع السابق، ص144.

فلا يزوج الحنابلة والحنفية كافر مسلمة ولا عكسه، أما عند الشافعية يزوج الكافر الكافرة سواء أكان زوج الكافرة كافرا أو مسلما، أما المالكية يزوج الكافرة الكتابية مسلم ولا ولاية لمرتد على أحد مسلم أو كافر [1] لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [2]

ثانيا: شروط الولاية المختلف فيها بين الفقهاء

1/الذكورة: اشترط الجمهور الذكورة في الزواج فلا تثبت ولاية الزواج عندهم للأنثى، لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها وعلى غيرها اولى [3]

أما الحنفية: الذكورة ليست عندهم شرط في ثبوت الولاية ، فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج بالنيابة عن الغير بطريق الوكالة او بالولاية. [4]

2 /العدالة

وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر كالزنا والخمر وعقوق الوالدين ونحوها، فالعدالة شرط عند الشافعية والحنابلة فلا ولاية لغير العدل وهو ما يعرف بالفاسق لأن ولاية النكاح تحتاج إلى النظر وتقدير المصلحة.

أما عند المالكية والحنفية ليست شرطا في ثبوت الولاية فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج ابنته أو ابنة أخيه، لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة لديه ورعاية المصلحة لقريبه[5].

3 /الرشد

الرشد ضد السفه، وذهب بعض الفقهاء إلى أن الرشد شرط من شروط العدالة.

يرى الحنفية والمالكية والشافعية بأن الرشد ليس شرطا من شروط الولي فالسفيه عندهم أهلا للولاية في النكاح وذلك لقوله تعالى:﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [6]

1 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص196.
2 سورة التوبة، الآية 71.
3 وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص196.
4 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص196.
5 عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ص61.
6 سورة النور، الآية 32.

حيث جاء هذا الخطاب موجه للناس عامة دون التفريق بين الراشد والسفيه لأن السفيه حجر عليه لحفظ أمواله من الضياع، بينما ذهب آخرون من الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الرشد شرطا من شروط الولي واستدلوا بأن المحجور عليه لسفه لا ولاية له، لأنه لا يستطيع تولي نفسه ولا غيره. [1]

ولقد أضاف المالكية شرطين آخرين هما:

الخلو من الإحرام بحج أو عمرة: المحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح وان عقد العقد فسخ العقد أبدا ومثله إحرام الزوجين[2].

والمقصود بذلك ان الولي المحرم بحجة أو عمره أو كلاهما لا يصح له تزويج المتولي عليها.

عدم الإكراه: لا يصح الزواج من مكره [3]، وهو شرط عام في جميع العقود الشرعية [4]

الفرع الثاني: شروط الولاية في قانون الاسرة الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الولي في عقد النكاح في مواد خاصة سواء قبل التعديل أو بعده على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حددوا الشروط كالآتي:

كمال الأهلية، اتحاد الدين، الذكورة، العدالة، الخلو بالإحرام بحج أو عمرة، عدم الإكراه، إلا أنه أشار لنا في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على"، كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" فالمشرع ترك المجال للاجتهاد القضائي ليحددوا الشروط من القوانين وهي كالآتي:

1 /الإسلام: طبيعة المجتمع الجزائري مسلم وأن الإسلام هو دين الدولة الجزائرية وذلك حسب نص المادة 2 من الدستور الجزائري ويطبق هذه القوانين على كل المواطنين الجزائريين حسب نص المادة221 من قانون الأسرة الجزائري" يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين ..." واتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على اتحاد الدين المولى والمولى عليها إذا فشرط الإسلام هو شرط من شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.

1 نضال محمد ابو سنينة، المرجع السابق، ص319، ص320.
2 عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص62.
3 نفس المرجع، ص62.
4 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 198.

2/ الذكورة: نص المشرع الجزائري على الذكورة ضمنا في المواد القانونية وذلك بالنسبة للمرأة الراشدة والبنت القاصرة.

بالنسبة للمرأة الراشدة نص على ذلك في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الأولى " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" [1]، فخص بالذكر الاب ثم الأقارب الذكور أو أي شخص آخر تختاره بمعنى ذكر وبذلك بقي محافظ على صيغة المذكر.

أما بالنسبة للبنت القاصرة فلقد نص على ذلك في المادة11 الفقرة الثانية من نفس القانون "يتولى الزواج القصر الأولياء وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" [2]، نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري ذكر الأولياء الذين يتولون زواج القصر بالترتيب والقاضي هو ولي لمن لا ولي له، فكلهم ذكور إذا فالذكورة هي شرط من شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.

3 /الأهلية: يعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقضي توفر الأهلية الكاملة ولما يترتب عليها من الالتزامات والواجبات الاجتماعية العائلية [3]، ولقد حدد المشرع الجزائري السن القانوني الخاص بالزواج وذلك في نص المادة 7من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك" [4] ولقد نص في المادة 40 من القانون المدني بأن" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة" [5]

وعليه يمكن أن نستخلص من نصوص المواد أنا السن القانوني والرشد مطلوب في عقد الزواج وأن المشرع الجزائري تعرض لأهلية الزواج وحدد السن القانوني ب19 سنة إذا الأهلية هي شرط من شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: أسباب الولاية في عقد النكاح

1 المادة 11 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري.
2 نفس المادة.
3 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص195.
4 المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.
5 المادة 40، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم07-05 المؤرخ في25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل13 مايو 2007، (ج.ر.ج.ج. العدد31، الصادر بتاريخ 25 ربيع الأول 1428ه/13مايو2007م).

تتعدد وتتنوع أسباب الولاية في عقد الزواج بوجود الرابطة التي تجمع بين الولي والمولى عليه، حيث اشارت بعض الكتب الفقهية الى ذكر أسباب الولاية المختلفة وهي كثيرة كالقرابة، الملك، الامامة، الوصاية، الوكالة، السلطان وسنستثني في دراستنا هذه سبب الملك لأنه لم يعد له وجود في مجتمعاتنا الحالية لانتفاء ملك الرقيق.

حيث يأخذ المشرع الجزائري بأكثر واقوى سبب تأثيرا في ثبوت ولاية التزويج الا وهو القرابة وسوف نتناوله بالتفصيل في هذا المطلب.

الفرع الأول: سبب القرابة

تثبت الولاية لأسباب مختلفة وعدة أهمها عجز الانسان للوقوف ومواجهة صعوبات الحياة بمفرده لذلك يكون بحاجة ماسة الى من يحمي له حقوقه ويقوم على شؤونه، وذلك بلا ريب يتحقق في المرأة إذا كانت قد طبعت على خلق وغرائز تجعلها أكثر تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل.

ولما كان الهدف من الولاية هو العناية بشخص المولى عليه فقد قرر الشارع بان يكون الأولياء من أقرب الناس إلى المولى عليه لوفور الحنان والشفقة وحسن الرأي والتصرف.[1]

والولاية الناشئة عن القرابة تعد أقوى وأوثق الصلات الإنسانية حيث تربط بين الأشخاص وتجعل كل منهما قريب من الآخر ومنها تثبت ولاية بعضهم على بعض، وعلى أساس ذلك لم يخالف أحد من الفقهاء في أن مبنى الولاية وأساسها هو التعصب.

والعصبة تنقسم على قسمين **عصبة نسبية وعصبة سببية** .العصبة النسبية؛ وهي الآتية من جهة القرابة الحقيقية والنسب، والعصبة السببية؛ وهي التي تتحقق من العتق ويسمى مولى العتاقة ومولى النعمة وللعتيق عصبة سببية لأن الشارع جعل صلة المعتق بعتيقه في حكم صلة القريب بقريبه.[2]

اما فيما يخص القانون الجزائري فجاء في نص المادة 11 من قانون الاسرة رقم84ـــ 11: **يتولى زواج المرأة وليها وهو ابوها فأحد اقاربها الاولين** ...[3] فمن خلال هذه المادة يتبين لنا ان الولاية تثبت للأقارب الاولين بما فيهم الاب وبالتالي فان المشرع الجزائري يعتبر القرابة سبب أساسي ومهم في ثبوت الولاية في الزواج.

1 أحمد الحصري، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، خالي من سنة الطبع، ص13

2 أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج2، بغداد، بلا سنة الطبع، ص120

3 المادة 11من قانون الأسرة الجزائري.

فهو يرى أن يكون هذا الولي قريب من المولى عليه، أي تربط بينهما قرابة دموية، ولذلك فقد ذكر المشرع هذا الشرط في مادة 11 ورتب صنف الأقارب الذين يتولون الولاية على الولي عليه، فذكر إذن أن يكون الأب أو الجد، وإذا وجد الأب والجد معا فتكون إذن الأولوية للأب[1].

ثم الأقارب وهم البنوة، وهي القرابة الثانية التي ذكرها المشرع في نفس المادة، ثم القرابة الثالثة وهي قرابة الأخوة، وهذا في حالة ما إذا تعذرت القرابتين الأوليتين (الأبوة والبنوة.)

ثم القرابة الرابعة وهي قرابة العمومة وإذا تعددوا هؤلاء وتنوعوا فالأقرب فيهم في الولاية هو المنصوص عليه في المادة 154 قانون الأسرة الجزائري أي العم الشقيق هو المتقدم على العم لأب والعم لأم.

الفرع الثاني: سبب الوكالة

إن الوكالة عقد شرعي يصح في كل ما تدخله النيابة شرعا؛ فيقوم الوكيل مقام من وكّله [2].

والوكيل هو الذي استنابه الولي في تزويج موليته وهو على قيد الحياة، فيأخذ مكانه الولي فيما وكل فيه في حضرة الولي وغيبته وكذلك يثبت للموكل ما يثبت للولي من الاجبار أو عدمه[3]

ويعتبر هذا السبب خاص على الأسباب الأخرى لأن تلك الأسباب يملك بها الشخص الولاية على غيره شرعا، وبدون واسطة، خلاف الوكيل فهو يستمد ولايته ممن وكله من الأولياء.

والوكالة عقد جائز ومشروع والأدلة على ذلك كثيرة منها:

1_ قوله تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ وَلۡيَتَلَطَّفۡ وَلَا يُشۡعِرَنَّ بِكُمۡ أَحَدًا﴾[4]؛ وهذا دليل على التوكيل .

2_ وقول الله تعالى أيضا: ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا﴾[5] فهذا يدل على مشروعية الوكالة وهذا بناء على الرأي القائل بأن الحكم وكيل عن الزوجين.

3_ ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم : (**أنه وكّل أبا رافع في تزويجه ميمونة رضي الله عنها**) وهذا الحديث رواه الامام مالك في الموطأ عن ربيعة بن أبي عبد الرحمان، عن سليمان بن

1 فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء 1، ص72.
2 عوض بن رجاء العوفي الجزء 2 ص181 .
3 نفس المرجع، ص181 .
4 سورة الكهف، الآية 19
5 سورة النساء، الآية 355

يسار أن رسول الله بعث أبا رافع ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث، ورسول الله بالمدينة قبل أن يخرج[1]

4_ وأجمع الفقهاء على جواز الوكالة ومشروعيتها من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين.

والحاجة داعية إلى مشروعيتها لأنه لا يمكن لكل واحد فعل كل ما يحتاج إليه بنفسه فدعت الحاجة إليها.

الفرع الثالث: سبب الإمامة

الامام في اللغة هو من يؤمن الناس، من رئيس او غيره ومنه امام الصلاة، والامامة رئاسة المسلمين وهي منصب الامام[2].

إذا لم يوجد واحد ممن تقدم ذكرهم كانت الولاية للإمام او نائبه، فله تزويج الصغير والصغيرة ومن في حكمهما بالولاية العامة لقوله صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولى من لا ولي له"

وللأمام او نائبه تزويج المرأة إذا امتنع اوليائها عن تزويجها الكفء لان هذا الامتناع منهم ظلم، والقاضي هو الذي يملك رفع الظلم.[3]

الفرع الرابع: الوصاية

وصي الولي هو: من عهد إليه الولي بتزويج موليته بعد مماته.[4]

والوصي هنا يكون بمثابة نائب عن الولي كالوكيل إلا أن وكيل الولي نائب عنه في حياته، ووصي الولي نائب عنه بعد مماته، ووكيل الولي تصح نيابته بالإتفاق، أما وصي الولي فاختلف في نيابته أقوال العلماء فيما يلي:

القول الأول: أن الولاية في النكاح لاتستفاد بالوصية وهذا المذهب أقر به الشافعية والحنفية.

القول الثاني: يخص المذهب المالكي حيث يقر أن الولاية في النكاح تستفاد بالوصية.

---

1 الموطأ مع شرح الزرقاني الحج، باب نكاح المحرم (272/2).

2 محمد يزيد بوزغاية، الولاية في عقد النكاح، مذكرة ماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016/2015،ص52

3 عبد العظيم شرف الدين، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الزواج، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ش، م، م، الطبعة الأولى، مصر، ص 338.

4 عوض بن رجاء العوفي، الجزء 2 ،ص187.

القول الثالث: أن الولاية في النكاح تستفاد بالوصية إن لم يكن للمرأة عصبة على تزويجها وأما مع وجود العصبة فلا.[1]

الفرع الخامس: السلطان

السلطان هو إمام المسلمين العام الذي له الأمر والولاية على الجميع إذ هو الأمين على رعاية مصالحهم بمقتضى الشريعة،ويقوم مقامه نائبه أو مفوضه أو قاضيه أو من يفوضه إليه.

إلا أن المشهور من مذهب الحنفية أن القاضي ليس له التزويج إلا أن ينص له السلطان على ذلك في منشوره، أي في صلاحية توليته.

وكذلك اختلفت الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله في أمير البلد هل يزوج أو لا؟

فمرة قال :(**القاضي يقضي في أمور التزويج والحقوق الرجم، وصاحب الشرط إنما**

هو مسلط في الأدب والجناية، وليس له الوصاية والفروج والرجم والحدود وهو الى القاضي أو الى الخليفة الذي ليس بعده شيء).

ومرة سئل عن البلد، يكون فيه الوالي وليس فيه قاض فقال:**(يزوج إذا احتاط لها في المهر والكفء)**، وحمله القاضي من الحنابلة على أن هذا اذا كان مأذونا له في التزويج ونقل عن الشيخ تقي الدين وهو المعروف بابن تيمية حمله على ظاهره عند تعذر القاضي لأنه موضع ضرورة.[2]

إن ثبوت ولاية السلطان في النكاح من الأسباب المتفق عليها بين أهل العلم لكل من لا ولي لها ومن الأدلة التي إستعانو بها مايلي:

أولا: حديث(السلطان ولي من لا ولي لها)، وهذا الحديث هو الأصل في إثبات ولاية السلطان وعليه العمل عند أهل العلم.

ثانيا: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (لاتنكح المرأة إلا بإذن وليها،أو ذي الرأي من أهلها،أو السلطان)[3].

موقف المشرع الجزائري من أسباب الولاية في الزواج:

بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على أسباب الولاية ولم يذكرها في نصوصه القانونية ماعدا سبب القرابة التي ذكرها في المادة رقم 11 من الأمر رقم11/84: **"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين"**، والسبب الثاني وهو

1 عوض بن رجاء العوفي،المرجع السابق، 188.
2 نفس المرجع، ص169.
3 عبد الكريم الخضير، كتاب النكاح والطلاق، باب إستئذان البكر والأيم في أنفسهم ص95.

السلطان والذي هو نفسه القاضي فنص عليه المشرع في المادة 2/11 من قانون الأسرة: **"... والقاضي ولي لمن لا ولي له"** فالقاضي يعتبر الولي الشرعي للمرأة بشأن زواجها لعدم وجود من يتولاها وباعتباره أيضا ولي لمن لا ولي له فيلزم بتولي شؤونها في عقد الزواج.

ولكن بالرجوع الى لنص المادة 222 من قانون الأسرة نجدها ذكرت بوضوح

أنه: **"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية".** مما يدل على أنه يجدر بنا العودة الى أحكام الشريعة الإسلامية، وما ذكرته لنا من أسباب الولاية في النكاح، التي سبق وذكرناها وهي القرابة، الوكالة، الامامة، الوصاية، السلطان.

الفصل الثاني:

المركز القانوني والشرعي للولي في عقد النكاح

بعد ان تناولنا في الفصل الأول مفهوم الولاية وانواعها والشروط التي يجب توافرها لإتمام عقد النكاح والأسباب التي يجب ان تتوفر أيضا في العلاقة بين الولي وموليته ليتم النكاح على الوجه الشرعي والقانوني، ونظرا لأهمية هاته العلاقة، تطرقنا في هذا الفصل الى مسألة لا تقل أهمية عن سابقتها، وهي التكلم عن دور الولي اتجاه موليته؛ من حقوق تخصه والواجبات المفروضة عليه في إتمام العقد الشرعي للمرأة، وأيضا نتكلم عن ترتيب الأولياء حسب درجة قرابتهم في عقد النكاح الذي يترتب عن تخلف أحدهم آثار تمس بصحة العقد ومصداقيته نحو الشريعة الإسلامية أو قانون الاسرة الجزائري، وللإجابة عن هاته العناصر في هذا الفصل قمنا بتقسيمه إلى مبحثين حيث سنتطرق في:

المبحث الأول: دور الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: حالات انتقال الولاية للأبعد وأثر تخلف الولي.

المبحث الأول: دور الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري

يعتبر الولي الركيزة الأساسية لإتمام عقد النكاح وكما عرفناه في الفصل الأول على أنه هو الذي يلي عقد النكاح على وليته ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[1] ، وهو القريب الذي ولاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه كالمرأة والصغير والمجنون[2] وعلمنا العلاقة القوية

1 جمال الدين بن منظور، لسان العرب، المرجع السابق

2 إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني الأحوال الشخصية، فقه النكاح، دار المسيرة والطباعة، عمان 2010 ص98

التي تربط الولي بموليته، ومدى قرابته ودرجته اليها وشدة حرصه لتحقيق مصلحتها والحفاظ على حقوقها .

فسنتناول بالتفصيل في هذا المبحث على دور الولي اتجاه موليته وترتيب الأولياء وذكر مراتبهم حسب الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، حيث قسمنا هذا المبحث الى ثلاثة مطالب فالمطلب الأول تحت عنوان حقوق الولي اتجاه موليته والثاني تحت عنوان واجبات الولي أما الأخير فسنتناول فيه مراتب الأولياء وترتيبهم في عقد النكاح وسوف ندرس بالتفصيل هذه العناصر فيما يلي في التقسيمات التالية:

المطلب الأول: حقوق الولي في عقد النكاح

وبناء على ما تقدم فللولي مجموعة من الحقوق عليه القيام بها اتجاه موليته، وهذه الحقوق تتضمن تحقيق المصالح للطرفين للولي ومن تقع عليه الولاية، واختيار الكفء لمن هي تحت ولايته وسوف نتناوله بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: حقوق الولي مقررة لمصلحته ومصلحة المولى عليه

من حقوق الولي التي يستمدها من ولايته في التزويج، حقه في اختيار الزوج الكفء لمن هو تحت ولايته.

وقد لوحظ في ذلك مصلحة الولي والمولى عليه، اما بالنسبة للمولى عليه كالصغير مثلا، فلتحصيل الرجل الكفء، لأن الظفر بالزوج الكفء لا يكون ميسورا دائما، لأن الكفء دائما يكون عزيز والزوج الكفء ضروري لتحقيق مقاصد النكاح، إذا بالكفء تصلح الحياة الزوجية غالبا، لأنه يعرف متطلباتها وحقوقها وواجباتها مما يؤدي الى دوامها واستمرارها.

وتحصيل الكفء يكون عن طريق الولي لصغر المولى عليها، وكذلك بالنسبة للبالغة عند من يقول لابد من اذن الولي لنكاحها، فان الولي أقدر منها على معرفة الكفء ومعرفة الرجل المناسب لها [1].

الفرع الثاني: ما تظهر به مصلحة الولي بتقرير حقوق الولاية له

واما ملاحظة مصلحة الولي نفسه في تقرير هذه الحقوق له، فتظهر في ان الزواج في الحقيقة لا يقتصر على ارتباط الزوجين، بل يتعداها الى ذويهما وعائلتيهما وأقاربهما عموما، فمن مصلحة الولي وهو قريب المرأة عادة ان يكون الزوج مرضيا وكفئا، هذا يحمله على بذل

1 نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص330

الجهد الصادق لمعرفة الزوج الكفء لموليته فكان من حقوقه اختيار الكفء لمن هي تحت ولايته.

الفرع الثالث: من حق الولي اختيار الكفء لمن تحت ولايته

وبناء على ما تقدم فمن حق الولي. بناء على ولايته. أن يختار الكفء لمن هو تحت ولايته وأن يرفض نكاح المرأة البالغة العاقلة ان زوجت نفسها من غير كفء؛ عند من يقول بصحة نكاحها بنفسها؛ لأن مثل هذا النكاح يمس مصلحة الولي واعتباره كما يمس مصلحة من هي تحت ولايته فالولي مسؤول عن اختيار الكفء لموليته، والكفاءة الدينية مطلوبة شرعا، قال تعالى:﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾[1]،

وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: "إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ﴾[2]، وفي الحديثِ توجيهُ الخطابِ للأولياء في أن يُزوِّجوا مُوَلِّيَاتِهِمْ مِن ذوي الدِّين والأمانةِ والأخلاقِ، فإن لم يفعلوا كانتِ الفتنةُ والفسادُ الذي لا آخِرَ له، فالمرأةُ يُحتاطُ في حقِّها فيُختارُ لها صاحِبُ الدِّين وحُسْنِ الخُلُق؛ لأنها رقيقةٌ بالنكاح لا مُخَلِّصَ لها، وقد نُقِل عن بعض السلف أنَّ «النكاح رِقٌّ فَلْيَنْظُرْ أحَدُكم أين يضع كَرِيمَتَهُ»؛ لأنَّ صاحِبَ الدِّينِ والخُلُقِ إن عاشَرَها عاشَرَها بمعروفٍ وإن سرَّحها سرَّحها بإحسانٍ، ومَنْ زوَّج مولِّيَتَه مِن ظالِمٍ أو فاسقٍ أو مُبتدِعٍ أو شاربِ خمرٍ فقَدْ جَنَى على دِينه بسوءِ الاختيارِ؛ ذلك لأنَّ شرط الكفاءةِ للمرأة الصالحةِ استقامةُ الرجل، وليس معنى ذلك أن يُهْمَلَ رأيُ المرأةِ أو يُتعسَّفَ في استشارتها، بل عليه أن يُطْلِعَ كريمَتَه على حالِ الرجل مِن الصلاح وعدمِه، ويجوز له ـ إن تَحقَّق مِن توبةِ الفاسق بامتحانه ـ أن يزوِّجَها له؛ لأنَّ صفةَ الفِسْق ترتفع عنه بالتوبة النصوح عمَّا اعتقده أو ارتكبه بشرطِ أن يكون صادقًا في توبته؛ لأنَّ «التَّائِبَ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ» على ما جاء في الحديث، و"النَّدَمُ تَوْبَةٌ".

أمَّا المُصِرُّ على ما اعتقده واقترفه فلا يُعان على الزواج مِن الصالحة، قال ابن تيمية رحمه الله: "إذا كان مُصِرًّا على الفِسق فإنَّه لا ينبغي للوليِّ تزويجُها له"، كما قال بعضُ السلف: "مَن زوَّج كريمتَه مِن فاجرٍ فقَدْ قَطَعَ رَحِمَها، لكن إن عَلِمَ أنه تاب فتُزَوَّجُ به إذا كان كُفؤًا لها وهي راضيةٌ به[3].

المطلب الثاني: واجبات الولي في عقد النكاح

بعد بيان الحقوق الواجبة للولي في عقد الزواج، نأتي الى التكلم عن واجبات الولي الشرعي في عقد زواج موليته، كونه أسندت له ولايتها، وواجب الولي كحق مقرر له يكون من

1 سورة الحجرات، الآية رقم 13
2 رواه الترمذي في (النكاح)، باب (ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه)، برقم:1084.
3 نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص331

مصلحته ومصلحة المولى عليها، ذلك ان قيامه بواجباته هو تحصيل الزوج الصالح والكفء وحسن الخلق لموليته وهذا ما اجتهدت في توضيحه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تزويج الولي موليته بالمرضي دينا وخلقا

أخرج الترمذي في سننه عن ابي هريرة رضي الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض".[1] جاء في شرح الحديث: (إذا خطب إليكم) إذا طلب منكم أن تزوجوه امرأة منكم. (من ترضون) أي تستحسنون دينا وخلقا، أي معاشرته (فزوجوه) إياها (إلا تفعلوا) أي إن لم تفعلوا وإن لم تزوجوا من ترضون دينه، وخلقه وترغبوا في المال والحسب فإن رفضتم هذا سيجلب للمرأة ولكم ضررا عظيما وقد يؤدي ذلك إلى الزنا ويلحق الأولياء عار بسبب ذلك".
فالحديث دليل لمالك فإنه يقول: لا يراعى في الكفاءة إلا الدين وحده ونقل ذلك عن عمر وابن مسعود، ومن التابعين عن محمد ابن سيرين وعمر بن عبد العزيز "ومما يؤكد ما ذهبنا إليه من ضرورة تزويج الولي لموليته من صاحب الدين والخلق، ما رواه البيهقي عن أسماء بنت أبي بكر أنها قالت: "إنما النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يرق عتيقته" وقد روى البيهقي هذا الحديث تحت باب: "الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي". في إشارة واضحة إلى تلاصق هذا الحديث بهذا الموضوع[2].
وواضح من كلام أسماء ـ ك ـ وتشبيهها النكاح بالرق بجامع إلحاق الضرر والتعسف عند الغضب في كل منهما، فإن إهمال الولي في الاختيار لموليته يورده موارد القدم والهلاك، ويورد ابنته موارد الهوان والشقاء، والحياة مليئة بالقصص الواقعية الحقيقية التي يشيب منها الولدان، من ظلم الأزواج لزوجاتهم وضربهن واحتقارهن والإساءة إليهن، حتى تصبح المرأة الشريفة الكريمة العفيفة كأنها جارية رقيقة عند هذا الزوج الظالم الشرير، الذي فقد مقومات الزوجية من دين وخلق، فإن هذا النوع من الأزواج لا يجد غضاضة ولا حرجاً في أن يطلق زوجته لأتفه الأسباب.

لأجل كل ذلك يجب على الولي أن يلتزم في اختيار صاحب الدين لموليته، ذلك الإنسان الذي إذا أحبها أكرمها وإذا كرهها لم يظلمها. وذلك:

1 -استجابة لنداء الشارع الحكيم.

2 -قياماً بالواجب الملقى عليه.

3 -اقتداء بهدي النبي صلى الله عليه وسلم.

---

2 نفس المرجع السابق ص332

4-حتى يسعد هو ومولیته في الدنيا والآخرة[1]

الفرع الثاني: عرض الولي موليته على اهل الخير والصلاح

ويسن لولي المرأة التي يرغب في تزويجها أن يعرض زواجها على أهل الصلاح والتقوى، تأسياً بما فعل شعيب عليه الصلاة والسلام مع موسى -صلى الله عليه وسلم - حين عرض بنته عليه، لما غرف من أمانته وعفافه. قال تعالى حاكياً قصتهما: ﴿فَجَآءَتۡهُ إِحۡدَىٰهُمَا تَمۡشِي عَلَى ٱسۡتِحۡيَآءٖ قَالَتۡ إِنَّ أَبِي يَدۡعُوكَ لِيَجۡزِيَكَ أَجۡرَ مَا سَقَيۡتَ لَنَاۚ فَلَمَّا جَآءَهُۥ وَقَصَّ عَلَيۡهِ ٱلۡقَصَصَ قَالَ لَا تَخَفۡۖ نَجَوۡتَ مِنَ ٱلۡقَوۡمِ ٱلظَّٰلِمِينَ ٢٥ قَالَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ ٢٦ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ٢٧ قَالَ ذَٰلِكَ بَيۡنِي وَبَيۡنَكَۖ أَيَّمَا ٱلۡأَجَلَيۡنِ قَضَيۡتُ فَلَا عُدۡوَٰنَ عَلَيَّۖ وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٞ ٢٨﴾[2]

وتأسياً أيضاً بما فعل عمر بن الخطاب حين تأيمت حفصة ، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوف بالمدينة، فقال عمر بن الخطاب: أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة فقال: سأنظر في أمري، فلبثت ليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا ، قال عمر: فلقيت أبا بكر الصديق فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت أبو بكر، فلم يرجع إلي شيئاً، وكنت أوجد عليه مني على عثمان، فلبث ليالي ثم خطبها رسول الله ـ * ـ فأنكحتها إياه، فلقيني أبوبكر فقال: لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيئاً؟ قال عمر: قلت: نعم، قال أبو بكر: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي، إلا أني كنت علمت أن رسول الله قد ذكرها ، فلم أكن لأفشي سر رسول الله ولو تركها رسول الله قبلتها[3]

وقد أشار ابن حجر العسقلاني إلى جملة من المعاني التي حواها هذا الحديث الشريف منها:

1 -فيه عرض الإنسان بنته وغيرها من مولياته على من يعتقد خيره وصلاحه، لما فيه من النفع العائد على المعروضة عليه وأنه لا استحياء في ذلك فكما هو واضح فإن الإسلام يبيح ذلك، بل ويعطي صاحب هذا الفعل مقاماً سامياً حينما يتشبه بالصحابة الكرام كعمر بن الخطاب.

2 -وفيه أن الأب يخطب إليه بنته التيب، كما يخطب إليه البكر ولا تخطب إلى نفسها.

الفرع الثالث: اختيار الولي لموليته حسن الخلقة

1 نضال محمد أبو سنينة، نفس المرجع السابق ص332
2 القصص من الاية 25 الى 28
3 البخاري، صحيح البخاري،2/942، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، رقم الحديث 5122

اختيار الولي لموليته حسن الخلقة حيث أن الإسلام العظيم كما اهتم بالدين والخلق في الزوج، لم يغفل الجانب الحسي المادي الجمالي، فقد دعا الولي ان يختار لموليته رجلا حسن الخلقة، وذلك لأن المرأة تحب من الرجال ما يحب الرجال من النساء .

قال ابن الجوزي: " واستحب لمن أراد تزويج ابنته أن ينظر لها شابا مستحسن الصورة، لأن المرأة تحب ما يحب الرجال"، وجاء في كشاف القناع قوله: "وتنظر المرأة إلى الرجل إذا عزمت على نكاحه لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها" ثم ذكر أنه يستحب للولي أن ينظر لها شابا حسن الصورة ولا يزوجها دميما، يعني إذا زوجها الدميم كرهت في ذلك مالا يكره وعصت الله فيه . ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يقصد هنا الشاب الجميل الوسيم، المقصود أن يكون مقبولا في شكله وليس منفرا، وكم من الذين لا يبدون بمظهر الوسامة، يحملون بين جنابتهم كل معاني الجمال الروحي والنفسي والخلقي الذي يضفي جمالا على الجانب الخلقي[1].

الفرع الرابع: التقارب في السن بين الزوجين

الأصل في الزواج فيمن يقبل من الأزواج قول النبي صلى الله وعليه وسلم: "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"، ولم تتطرق النصوص لسن الزوج، أو سن الزوجة، والفارق بينهما، وما الحكم فيما لو كان الرجل أكبر أو المرأة أكبر؟ فكل ذلك سُكت عنه شرعًا؛ بناءً على الأصل في جواز النكاح مع وجود الفارق في السن، سواء كانت المرأة أكبر، أو كان الرجل أكبر، لكن لا بد من تحقق الرضا، لكن فيما يتعلق بالاختيار؛ للولي امر تقييد هاذا المباح للمصلحة و ذلك من باب السياسة شرعية, بحيث أن ينظر في الأنسب والأصلح لموليته[2]

الفرع الخامس: اسراع الولي في تزويج موليته إذا بلغت

إذا بلغت المرأة فتجب على الولي ألا يؤخرها عن الزواج وذلك برفضه الخاطب الذي تقدم لخطبتها بغير سبب مشروع كالفقر أو عدم العمل، لأن الله سبحانه وتعالى هو الرازق لقوله:

﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ ﴾[3]
ولتفادي أضرار تأخير زواج المرأة بفواتها الزوج الكفء، ووقوعها في الفاحشة، تعقيدات نفسية وكراهية وليها... يجب على الولي إبكار تزويجها لما فيه من الإيجابيات خاصة وأن

1 مراح سعيد، ولاية التزويج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق جامعة مستغانم، 2017، ص52
2 داودي عبد القادر، احكام الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البصائر، ال جزائر2010، ص121
3 سورة النور الآية رقم: 32

كمال المرأة يكون بالزواج والحمل كمال المرأة يكون بالزواج والحمل والولادة، وأنه، يقي المرأة من الامراض، ويحقق الأمن والاستقرار النفسي.

فمن واجب الولي أن يحقق المصلحة للمرأة ويساعدها على تحقيق رغبتها في الزواج بمن تراضاه لبناء أسرتها، فلا يحق له استعمال حقه الشرعي في الولاية عليها بالتضييق على المرأة بعضل من يخطبها خاصة إذا كان الخاطب كفء ليزوجها بصاحب المال الذي اختاره هو، لأن منعه عن زواجها من شأنه أن يسقط حقه في تزويجها بانتقال الولاية إلى لولي الذي يليه كأثر للعضل[1]

المطلب الثالث: مراتب الأولياء في عقد النكاح

بعد أن تعرضنا في المطلبين السابقين الى بيان دور الولي في حماية حقوق موليته، وتحقيق مصلحتها التامة في بناء أسرة وكيان ذات أساس قوي مع الشريك الذي يرضاه لها وليها الشرعي، نأتي الآن الى التطرق في هذا المطلب الى مكانة الأولياء، وترتيبهم وتقدم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية عند تعددهم بحيث يعرف من هو الأولى في استحقاق الولاية والتقدم على غيره، في انشاء عقد النكاح بالنسبة للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: مراتب الأولياء في عقد النكاح في الشريعة الإسلامية

ونقصد من ترتيب الأولياء في هذا الفرع، أي تقدم بعضهم على بعض فيمن يستحق الولاية في إبرام عقد النكاح؛ سواء في حالة اجتماعهم أوفي حالة وجود عارض فتكون سببا في انتقالها بالترتيب، من الأقرب الى الأبعد، وذلك بالنسبة للشريعة الإسلامية.

فالفقهاء في ترتيبهم للولاية من النسب، اختلفوا؛ فكل مذهب يرى ترتيب معين مختلف عن الاخر وعليه سوف نستعرض الترتيب الذي أخذ به كل مذهب[2]

أولا: ترتيب الأولياء عند المالكية

فالمذهب المالكي يرى ترتيب الأولياء كالتالي:

1_الإبن، وابن الابن وإن سفل.

2_الأب، ثم أخ الأب، ثم ابنه وإن سفل.

1 داودي عبد القادر، نفس المرجع السابق ص123

2 بقة عبد الحفيظ، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري "مجلة الحقوق والعلوم السياسية"، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الثالث والعشرون،23جوان2015، ص111

3_جد الأب.

4_عم لأب، ثم ابنه.

5_جد أب، فعمه "أي عم الأب" ثم ابنه.

6_مولى أعلى" وهو من أعتق المرأة" ثم عصبته ثم مولاه"، وهو من أعتق معتقها وإن علا "ثم مولى أبيها ثم مولى جدها.

7_الكافل غير العاصب "وهو القائم بأمورها وترتيبها حتى بلغت عنده."

8_الحاكم وهو السلطان أو القاضي.

9_ولاية عامة المسلمين؛ أي إن لم يوجد أحد ممن ذكر تولى عقد نكاحها أي فرد من المسلمين بإذنها، ومن ذلك الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم، فهم من أهل الولاية العامة[1]

فالولاية إذن في المذهب المالكي تثبت للعصبات حسب ترتيبهم في الميراث الذي شرعه الله سبحانه وتعالى، فإن الابن يتقدم في الولاية على غيره ولو عقد والد المرأة مع وجود ابنها أو ابن ابنها فهو جائز فلا ضرر في ذلك، ثم الأب أي والد المرأة ثم أخ المرأة الشقيق فللأب فإن أخيها وإن سفل، أما أخوها من الأم فلا ولاية له خاصة، ثم الجد لأب فمرتبته بعد الأخ وابنه، ثم العم ثم ابنه ثم جد الأب ثم عم الأب ثم ابنه ، ثم يأتي الكافل الغير العاصب القائم على شؤون المرأة، ثم السلطان وهو القاضي أو الحاكم، ثم ولاية أحد المسلمين إن لم يوجد أحد ممن تم ذكرهم أعلاه يقوم أحد المسلمين ممن تختاره هي بنفسها وبإذنها بالولاية على زواجها ومن هؤلاء نجد الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم.

ثانيا: ترتيب الأولياء عند الشافعية

فترتيب الأولياء في المذهب الشافعي كالتالي:

1 _الأب، ثم الجد أي أبو الأب، ثم أبوه، وإن علا.

2_الأخ لأبوين أو لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا.

3_العم من الأبوين أو لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا.

1 أحمد المحيبلي، والدكتور عبد الرحمان البالول، تقديم الولي الأبعد مع وجود الأقرب في النكاح، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، ص437

4_سائر العصبات من القرابة، كما في ترتيب الميراث، إلا في الجد فإنه يقدم على الأخ هنا بخلاف الإرث، والابن فإنه يقدم من الميراث ولا ولاية له هنا.

ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب، وابن أخ لأبوين على ابن أخ لأب، وعم لأبوين على عم لأب...في الجديد لزيادة القرب والشفقة كالإرث، وفي القديم هما وليان أي يستويان.

5_إن عدمت العصبات ولم يوجد من الأولياء رجل زوج المعتق ثم عصبته على الترتيب كالميراث، سواء أكان المعتق رجلا أم امرأة.

6_إن فقد المعتق وعصبته زوج السلطان المرأة التي في محل ولايته[1]

فترتيب الأولياء الشافعيين كترتيبهم في الميراث، فكل ما هو معروف في قواعد التوريث يطبق على الولاية عندهم فالأبعد محجوب بالأقرب، وعليه فأحق الأولياء بالتزويج أب ثم جد ثم أبوه ثم أخ لأبوين أو لأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم عم، ثم سائر العصبة كالإرث، ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب في الأظهر ولا ابن ببنوة، أي لا يزوج ابن أمه ببنوة، لأنه لا مشاركة بينه وبينهما في النسب إذا انسبها إلى أبيها[2]

ثالثا: ترتيب الأولياء في المذهب الحنفي

المذهب الحنفي يرتب الأولياء في عقد النكاح كالترتيب في الإرث، والأبعد محجوب بالأقرب، فتقدم عصبة النسب أولاهم، وترتيبهم كالاتي :

1_الابن وابنه وان نزل، ولايتصور ذلك إلا في المعتوهة.

2_الأب ثم الجد أي أبوه.

3_الأخ الشقيق،ثم الأب.

4_ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.

5 _العم الشقيق،ثم ابن العم لأب.

6_ابن العم الشقيق،ثم ابن العم لأب.

7_أعمام الأب،ثم أبناؤهم.

1 أحمد المحيبلي، عبد الرحمان البالول، نفس المرجع السابق، ص439
2 نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص90

8_عم الجد الشقيق،ثم أبناؤه ثم عم الجد لأب،ثم أبناؤه وإن نزلوا.

9_المعتق وإن كان امرأة، ثم بنوه وإن نزلوا.

10_عصبته من النسب على الترتيب.

11_ذو الأرحام.

12_السلطان أو نائبه أو القاضي [1].

فالمذهب الحنفي إذن يرتب الأولياء على أن الإبن أولى من أبو المرأة المزوجة، لكن اختاروا تقديم الأب، ثم الجد أبو الأب، ثم ابن المزوجة، ثم الأخ الشقيق، ثم ابنه ...وهكذا بترتيب عصبات الميراث، ثم الحاكم او السلطان ولي لمن لاولي له، وقد اختير هذا الترتيب لأنه يجاري ترتيب العصبات في الميراث حسبما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم فيما عدا تقديم جهة الأبوة على جهة البنوة، وذلك لما صح من قوة دليله [2].

رابعا: ترتيب الأولياء في المذهب الحنبلي

الحنابلة يرتبون أوليائهم في النكاح كالتالي:

1_الأب فيعتبر هو أولى الناس وأحق بتزويج إبنته، لأن الأمة لاولاية لأبيها عليها، وإنما وليها سيدها بلا خلاف.

2 _ثم أبوه وإن علا.

3_ثم ابنها، ثم ابنه وإن نزل، فمتى عدم الأب وأباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وان نزل

4_الأخ لأبوين ثم الأخ للأب، كالميراث.

5 _ثم أولادهم وإن نزلوا.

6 _ثم العمومة لأبوين ثم العمومة لأب ثم أولادهم وإن نزلوا.

7_المولى المنعم أو المعتق؛ لأنه يرثها ويعقل عنها عند عدم عصبتها من النسب، ثم أقرب عصبته فأقربهم، ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده، كترتيب الميراث، وإن اجتمع ابن المعتق

1 أحمد المحيبلي، عبد الرحمان البالول، المرجع السابق، ص437
2 محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، دار التقوى، شبر الخيمة ،القاهرة، مصر 2001 ص293

وأبوه فالابن أولى لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب، وقدم أبو النسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته، وهذا معدوم في أب المعتق فرجع فيه إلى الأصل.

8_ثم السلطان أو الحكم فلا خلاف بين الفقهاء والمذاهب في ولاية السلطان لتزويج المرأة.

9 _ولاية عامة المسلمين [1].

إذن فعند الحنابلة يعتبر الولي مجبرا على الولاية وهو أولى الناس من البقية والولي الغير المجبر هم بقية الأقارب والعصبات، وترتيبهم كما ذكرناهم في الأعلى الأبوة ثم البنوة ثم الإخوة ثم العمومة؛ فيعتبر أحق الناس في ولاية المرأة الحرة في نكاحها هو الأب ثم أبوه وإن علا ثم ابنها وابنه وان سفل وثم الأخ الشقيق، ثم لأب ثم أولادهم ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا [2].

الفرع الثاني: مراتب الأولياء في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري

بعد تعديل قانون 84ـــ11 المادة 9 مكرر[3] ، وعلى غرار الفقه الإسلامي في ترتيبه للأولياء غير المشرع الجزائري رتبة الولي حيث كان سابقا يرى ان الولي يعتبر ركنا من أركان عقد الزواج وفي حالة عدم توفره يصبح العقد باطلا، وبعد تعديله لهذا القانون أصبح المشرع يرى أن الولي شرطا من شروط العقد فقط ، وكذلك بالرجوع أيضا إلى المادة 11 من قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يقم بترتيب مسألة الأولياء ولم يتبع مسلكا معينا في ذكر دراجاتهم أو درجة قرابتهم ومن له الحق في ولاية التزويج ما إذا كانت المرأة قد بلغت السن القانوني أو قاصرة أي لم تبلغ السن الذي تكون به مؤهلة قانونا.

أولا: ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة (البالغة السن القانوني):

فالمشرع الجزائري لم يتبع منهجا معين في ترتيبه لأولياء عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة فقد أعطاها نوع من الحرية في اختيار وليها وذلك في قوله في المادة 11 المعدلة بموجب الأمر 05_02 من قانون الأسرة الجزائري:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص اخر تختاره"[4]. من خلال هذه المادة نفهم أن المشرع اعطى للراشدة الحق في اختيار من يتولى عقد زواجها وذلك في استعماله أداة التخيير" أو" بدلا من استعماله أداة للترتيب " ف "، واختيارها يكون سواء من أحد الأقارب بمختلف درجاتهم أو أي شخص تختاره بنفسها حتى ولو كان أجنبيا.

1 أحمد المحيبلي، عبد الرحمان البالول،المرجع السابق، ص440

2 عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني في فقه الامام أحمد، الطبعة 1، بيروت، دار الفكر، 1405ه، الصفحة 346،349

3 قانون رقم 84_11 مؤرخ في 09 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل ومتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم15 الصادرة في 27 فبراير 2005

4 المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

1_الأب: على غرار الفقه الإسلامي وما جاءت به الشريعة الإسلامية، والمذاهب الفقهية في جعل الأب في المرتبة الأولى في الولاية، فقد أخذ بذلك المشرع الجزائري أيضا وجعله في الدرجة الأولى من حيث ترتيبه لولاية المرأة، ولأن الأب يعتبر الركيزة الأساسية لابنته وهو الشخص الذي يراعي مصلحتها وهو الأكثر عطفا وحنانا عليها، وكذلك المرأة أيضا فهي تكون أكثر ثقة في أبيها من أي شخص اخر لتجعله وليها في حالة حضوره وتوافر شروط الولاية فيه فهو بالطبع يكون أولى من الجميع.

2_الأقارب: فالمشرع هنا ذكر الأقارب بصفة عامة ولم يحددهم بالضبط من هم الأقربون، لذلك فهو ترك الحرية للمرأة في اختيارها لأحد أقاربها دون تحديد الدرجة من يكون لها وليا في عقد زواجها. ولكن بالرجوع الى تفسيرات فقهاء القانون واجتهادات المحكمة العليا، لعبارة " أحد أقاربها " نجد أن معنى الأقربون هم: الابن (المولود من زواج سابق)، ووصي الأب، ثم الأخ، فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون بعد الترتيب، ويقدم الشقيق على غيره [1].

3 _شخص مختار (الولي المختار): فالمشرع أعطى للمرأة الحق في اختيار أي ولي يناسبها ولو كان أجنبيا في حالة لم ترد اختيار الأب أو الأقارب فهنا نفهم أن المشرع الجزائري قد حرر المرأة في مسألة اختيار الولي. فبالرجوع أيضا الى أحكام الشريعة الإسلامية أنه تم ذكر في ترتيب الأولياء في المذاهب أنه يجوز للمرأة أن تختار وليا رجلا من جماعة المسلمين إذا كانت المرأة في موضع لا يوجد فيه للمسلمين سلطان[2]، ولكن هذا مستبعد جدا في قانون الأسرة الجزائري لوجود السلطان (القاضي).

ثانيا: ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة القاصر (غير البالغة السن القانوني)

بالنسبة للمرأة القاصرة فالمشرع الجزائري حدد ترتيب أولياؤها في عقد زواجها والذي وردت في الفقرة 02 من المادة 11 من الأمر رقم 05_02 (يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له) وهنا نفهم أنه يتولى تزويج البنت القاصر وليها، فأحد أقاربها الأولين إن وجدو، وفي حالة غياب أولياؤها، أي انقضوا جميعا ولم يثبت وجود أحدهم، فان القاضي وليها في تزويجها باعتباره ولي لمن لا ولي له [3].

1_الأب: تعتبر الأبوة القرابة الأساسية التي تؤهل صاحبها في القيام بولايته على الشخص المولى عليه، لأن الأب يمتاز بالكثير من الصفات التي تميزه عن باقي الأشخاص من شفقة

1 بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص116
2 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة 3، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1424ه/2004م الصفحة 149.
3 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 2، دار هومة، الجزائر،2009، ص 41

وحنان ورعاية ويعتبر الشخص الوحيد الذي يحافظ على حقوق أبناءه خوفا عليهم من صعوبات الحياة.

2_الأقارب الأولين: وتشمل هذه القرابة؛ الجد والإخوة ثم الأعمام، حيث تؤهل لأصحابها على الحصول على سلطة الولاية على الزواج للمرأة إذا لم يتوفر عنصر الأب، وتكون الولاية للقرابة القوية على القرابة الضعيفة فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ لأم ثم العم الشقيق ثم على العم لأب.

وكما ذكرنا أعلاه أن هذه الولاية لا تنتقل إلى هؤلاء الأشخاص، إلا إذا لم يوجد الأب لأن شفقة الأب على ابنته هي الأولى من شفقة أخوها أو عمها لأن هذين الأخيرين يمكنهما أن يتصرفا في مسألة القاصر وزواجها، دون مراعاة لمصلحتها الخاصة.

3_القاضي: فنص المشرع في المادة 2/11 من قانون الأسرة " ...والقاضي ولي من لا ولي له..."، فعند عدم وجود الأب أو الأقارب الأولين فإن ولي القاصر بشأن زواجها هو القاضي الذي يتكفل بذلك. باعتباره ولي لمن لا ولي له، وهنا نجد أن المشرع الجزائري يتفقه مع الشريعة الإسلامية من حيث مسألة تولي القاضي مسألة الزواج لعدم وجود للمرأة من يتولاها أو وجودهم ورفضهم لتزويجها فيمكنها اللجوء للقضاء للفصل في ذلك.

المبحث الثاني: حالات انتقال الولاية للابعد واثر تخلف الولي

رغم ما تم تفصيله عن ترتيب الأولياء ودور الولي في توليه على المرأة في العقد وذلك حفاظا لها ولمصلحتها، إلا أن هناك أولياء يتعسفون في استخدام حقهم ويظلمون المرأة بسلطتهم عليها، فلهذا يسلب حقهم في الولاية حتى وإن كانت متوفرة فيهم شروط الولي وتنتقل الولاية إلى ولي آخر أو إلى السلطان أو القاضي، وذلك في حالات: عضله و منعه المتولي عليها من النكاح، أو في حالة غيابه سواء بتخلفه أو لعذر آخر وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث ففي المطلب الأول عضل الولي، والمطلب الثاني غياب الولي، والمطلب الثالث أثر تخلف الولي.

المطلب الأول: عضل الولي

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف العضل، وحكمه، وشروط وأثار عضل الولي.

الفرع الاول: تعريف عضل الولي

اولا:تعريف العضل لغة

العضل هو الشدةُ والَمنْعْ التَضيْيقْ.

ويقال:عضل الولي حرمته من التزويج فقد منعهَا الحق الذي أبيح لها من النكاح إذا دعت إلى كفءٍ لها[1].

أعْضَلَ الأمر أي: اشتدَ واستغلق.

قال الأصمعيّ: يقال:عَضَلَ الرجلُ أيْمَهُ، إذا منعها من التزويج[2]

قال ابن فارس: العين والضّاء واللاّم _أصل واحد صحيح يدلّ على شدّة والتواء في الأمر[3]

فعضل المرأة هو منعها من النكاح من طرف وليها ظلما، قال الله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ﴾[4]

ويقال داء عضال، أي شديد عسر البراء أعيا الأطباء علاجه.[5]

ثانيا: تعريف العضل شرعا

تعددت تعاريف المذاهب الفقهية في تعريف العضل وهي كالآتي:

1-عرفه الحنفية بأنه: إمتناع الولي من تزويج موليته، إذا وجدت الكفء وطلبت الإنكاح منه [6]

2-عرفه المالكية بأنه: إمتناع الولي من تزويج موليته بالكفء الذي رضيت به

3-عرفه الشافعية بأنه: إمتناع الولي من تزويج البالغة العاقلة الكفء الذي دعت إلى نكاحه [7]

4-عرفه الحنابلة بأنه: منع المرأة من التزويج بكفئها، إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه. [8]

ومن خلال تعريف المذاهب الفقهية السابقة يتضح لنا تعريف العضل هو إمتناع ومنع الولي المرأة من النكاح بكفء رضيت به ويريد النكاح منها أي رضي كلاهما بالآخر، فاتفق الفقهاء على أن الولي إذا إمتنع من تزويجها بخاطبها الكفء[9] الذي رضيت به أو لنقصان مهرها فيعتبر الولي عاضل لها. [10]

ثالثا:تعريف العضل قانونا

1محمد بن مكرم المصري الأفريقي ابن المنظور ،ج36،المرجع السابق،ص2988-2989

2 أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري راجعه محمد محمد تامر ،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ،المجلد1 ،2009/1430م،دار الحديث ، القاهرة ،ص780.

3 عوض بن رجاء العوفي ، المرجع السابق ،ج2،ص138

4 سورة البقرة ،الاية232

5 عوض بن رجاء العوفي ،ج2,المرجع السابق،ص136

6 احمد حامد الهاشمي،عضل الولي في عقدالزواج بعد تعيين مرتبته في قانون الاحوال الشخصية الاماراتي ،كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة ص22

7 احمد حامد الهاشمي، المرجع السابق، ص22

8 سهاد حسن البياري، عضل المراة في النكاح، رسالة الحصول على درجة الماجستر ،كليةالشريعة والقانون ،الجامعة الاسلامية،1428ه/2007م،ص47

9 الكفاءة :هي المماثلة بين الزوجين دفعا للعار في أمور مخصوصة ،وعند المالكية :الدين والمال أي السلامة من العيوب التي يوجب لها الخيار ،وعند الجمهور الدين والنسب والحرية والحرفة،وأضاف الحنفية والحنابلة اليسار أوالمال /وهبة الزحيلي :موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ،دار الفكر ،دمشق ،ط1 ،ج8، 2010 ،ص227

10 عوض بن رجاء العوفي ،ج2،المرجع السابق ،ص138

تطرق المشرع الجزائري للعضل وذلك في قانون الأسرة الجزائري قانون رقم 84-11المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق ل 9يونيو 1984 وذلك من خلال نص المادة 12 التي تنص على "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فاللقاضي أن يأذن به مراعاه أحكام المادة 9 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"[1]، فمن خلال هذه المادة نرى بأنه لا يجوز للولي أن يعضل من هي تحت ولايته في النكاح إذا رغبت بذلك فإذا امتنع الولي بالنكاح فللقاضي تزويجها مع مراعاة الشروط التي يجب توافرها في عقد النكاح وفقا لنص المادة 9 من قانون الأسره الجزائري.

ولكن بعد تعديل قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 تم إلغاء نص المادة 12 من هذا القانون وبالتالي يمكننا العودة الى أحكام المادة 222 من نفس القانون التي تحيل الى أحكام الشريعة الاسلامية، بحيث يمكن للقاضي التدخل لحل الموقف حسب ما يراه مناسبا لأن الولاية تسقط من الولي في حالة منعه وهذا ما اقره الفقه الاسلامي.[2]

الفرع الثاني : حكم العضل

العضل حرام ولا خلاف في تحريمه وقد حرمه الله ورسوله واتفق العلماء على تحريمه لأن هذا عمل من أعمال الظلم والعدوان كان يمارسها العرب في الجاهلية، فإن الله تعالى قد أوجب على أولياء النساء أن يراعوا مصلحتهن[3] لأن الولاية هي ولاية نظر وإحسان لا ولاية قهر وإذلال واستبداد[4] ومن أدلة تحريم العضل ما يلي:

اولا: أدلة التحريم من القرآن الكريم

لقوله تعالى: **﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾**[5]

وقد روي أن هذه الاية الكريمة نزلت عن معقل بن يسار وأخته التي أراد زوجها أن يراجعها بعدما أنقضت عدتها فخطبها زوجها وأراد أن يتزوجها فأبى معقل كما رواه الترميذي ولفظه عن معقل بن يسار: أنه زوج أخته رجلا من المسلمين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت عنده ما كانت ثم طلقها تطليقه لم يراجعها حتى انقضت العدة فهويها وهويته فقال له: يا لكع اكرمتك بها وزوجتكها فطلقتها والله لا ترجع اليك أبدا [6]، فلهذا نزلت هذه الآية

1 المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل
2 بن شويخ رشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري،ط1،دار الخلدونية ،الجزائر،2009،ص69
3 محمد رأفت عثمان،فقه النساء في الخطبة والزواج،دار الإعتصام،القاهرة،ص97
4 عوض بن رجاء العوفي ،ج2،المرجع السابق ،ص140
5 سورة البقرة ،الاية 232
6 أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ،تحقيق سامي بن محمد السلامة،تفسير القران الكريم ،ج1، 700ه/747ه،ص631،ص632

على الرجل الذي يطلق امراته طلقة أو طلقتين فتنقضي عدتها ثم يبدو له أن يتزوجها وأن يراجعها وتريد هي كذلك فيمنعها أولياؤها من ذلك فنهى الله أن يمنعوها.

ولقوله تعالى ﴿ **ذَٰلِكُمۡ أَزۡكَىٰ لَكُمۡ وَأَطۡهَرُۚ** ﴾ [1] فقد اشار بعض المفسرين في تفسيرهم الى هذه الاية الكريمة الى اتباع شرع الله عز وجل في رد المولیات الى أزواجهن والتخلي عن العضل لأنه يؤدي الى نتائج سلبية كتعنس المولیات بسبب رفض الخطاب الأكفاء وهذا ما له عواقب وخيمة على أنفسهن أولا ثم على المجتمع فبدلا من المساهمة في بنائه يسعين الى تدميره بسبب حقدهن عليه.

كذلك من بين النتائج السلبية احتمال انغماس المولیات في مواقع الرذيلة والفساد وارتكاب المحظور بسبب العلاقات الغير شرعيه التي تكون بغير عقد شرعي بسبب عضل الولي.

ثانيا : أدلةالتحريم من السنه النبوية

1-قوله صلى الله عليه وسلم: **"لا ضرر ولا ضرار"**[2] الحديث يمثل أهم قاعدة من قواعد الإسلام وقواعد الإخلاق والتعامل مع الغير فمن خلاله هذا الحديث نهى رسول صلى الله عليه وسلم عن الضرر بالغير، والعضل هو نوع من أنواع الضرر للمرأة التي تريد النكاح فهو حرام لأنه يلحق الضرر بها.

2- عن ابي هريره رضي الله عنه ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال: **"إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنه في الارض وفساد عريض"**[3] ومعنى هذا الحديث إمتناع الأولياء عن تزويج مولياتهم بمن يخطبهن إذا كان ذو خلق ودين مما يؤدي إلى نشوء مفسدة عظيمة وإنتشار الفاحشة.

الفرع الثالث: شروط عضل الولي

سنتطرق في هذا الفرع الى شروط عضل الولي في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري .**اولا: شروط عضل الولي في الشريعة الاسلامية**

حسب التعريف السابق لفقهاء الشريعة الاسلامية نستنتج شروط عضل الولي وهي أن يكون الخاطب كفؤا لها، وأن تكون المرأة بالغة راشدة، وأن تكون هي من طلبت ورغبت في النكاح.

1/أن يكون الخاطب كفؤا لها:

لكي يعتبر الولي عاضلا للمرأة يجب أن يكون الخاطب يتميز بالكفاءة أي يجب أن يكون كفؤا للمرأة وذلك حسب ما اتفقت عليه المذاهب الفقهية الأربعة وإن كان الخاطب غير كفؤ وإمتنع الولي عن تزويج المرأة فلا يعد ذلك عضلا منه.[4]

---

1 سورة البقرة، الاية232

2 عوض بن رجاء العوفي ،مرجع سابق،ص141

3 بلقاسم شتوان، المرجع السابق،ص13

4 سمير شيهاني ، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، المرجع السابق ،ص265.

2/**أن تكون المرأة بالغة راشدة**: يشترط في المرأة التي طلبت ورضيت بالنكاح أن تكون بالغة راشدة ثيبا كانت أو بكرا، أما إذا كانت المولى عليها صغيرة وغير راشدة وإمتنع وليها بنكاحها لا يعتبر ذلك عضلا منه.[1]

3/أن تكون المرأة هي من طلبت الزواج.

يستلزم أن تكون المرأة هي من طلبت تزويجها بالكفؤ الذي رضيت به فإذا أبدى الولي إمتناعه يعتبر ذلك عضلاً منه، أما إذا لم تكن هي من طلبت النكاح فلا يعد ذلك عضلا من الولي.[2]

ثانيا:شروط عضل الولي في قانون الاسرة الجزائري

طبقا لنص المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84 -11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنه 1984 التي نصت في فقرتها الثالثه على ما يلي "غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان المنع مصلحه للبنت"[3] فمن خلال ما نص عليه المشرع الجزائري نستنتج أن للولي أن يمنع ابنته من النكاح حماية لها من الإرتباط بشخص غير مناسب لها لأن الأب ادرى واعلم بمصلحة ابنته ومما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري حدد شروط العضل بأن تكون البنت بكرا لا ثيبا وأن يكون المنع فيه مصلحه للبنت.

إلا أنه تم إلغاء هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وبهذا يمكن أن نستنتج أن للولي حق الإعتراض على موليته البكر من النكاح بشخص معين وهذا لا يعتبر عضلا منه إنما هو موقف يوضح من خلاله الولي مصلحه ابنته وحمايتها من الارتباط بشخص غير مناسب لها.

الفرع الرابع: أثر عضل الولي.

اتفق الفقهاء على سقوط الولايه إذا ثبت أن الولي عضل المتولى عليها فتنتقل ولايته إلى غيره واختلفوا فيمن يزوجها فانقسموا إلى رأيين:

الرأي الاول: أنه يزوجها من يليه من الأولياء

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية، حيث قالت الشافعيه إذا تكرر العضل بسبب الولي الاقرب يصير بذلك فاسقا ولا ولايه لفاسق عندهم[4]، وبذلك تنتقل الولايه من الولي الاقرب الى الولي الابعد أما إذا تم تزويج المتولي عليها من طرف الولي الأبعد في وجود الولي الأقرب وهو غير عاضل لها فيعتبر هذا الزواج غير صحيحا.

الرأي الثاني: أن يزوجها السلطان

وهذا ما ذهب إليه كل من مذهب الحنفيه والمالكيه والشافعيه في غير صورة[5]

1 نفس المرجع ،ص269

2محمد عرفة شمس الدين الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج2،طبع بدار إحياء الكتب العربية ،ص232

3 المادة12 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل

4 عوض بن رجاء العوفي ، ج2،المرجع السابق ،ص142

5 نفس المرجع،ص143

لذلك إذا عضل الولي فتنتقل الولايه للحاكم ولا تنتقل إلى الولي الأبعد فدور الحاكم هو رفع الظلم عن الناس ودليل هذا قوله صلى الله عليه وسلم **"فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"**[1] فالعضل هو نوع من انواع الظلم يرتكب في حق المرأة.

المطلب الثاني: غيبه الولي

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف غيبة الولي تعريف غيبة الولي وأنواع الغيبة وحدها وموقف المشرع الجزائري

الفرع الاول :تعريف الغيبة

اولا:تعريف الغيبة لغة

الغيبه بالفتح مصدر غاب، وغاب عنك إذا ابتعد تقول غاب غيبه وغيبوبه وغيوبا.

والْغَيْبَةُ: مِنَ الغَيْوُبَةِ

والْغِيبَةُ: مِن الاغْتِيابِ[2]

وقولهم:غيَبه غَيابُهُ، أي دُفِنَ في قبره، غابت الشمس أي غَرَبَتْ، وأغابت المرأة إذا غاب عنها زوجها.[3]

ثانيا: تعريف الغيبة شرعا

هو ابتعاد الولي وتواريه إما بسفر الى مكان بعيد لا يمكن بلوغها إلا بكلفه ومشقه، أو الى مكان قريب يشك انه فيه ولا يعلم مكانه بالتحديد فهو كالبعيد لتعذر الوصول اليه[4] ، فمعنى الغائب عند فقهاء الشريعه الاسلاميه يعتمد على المعنى اللغوي فذهب الجمهور الى ان الغائب هو كل من غاب عن النظر سواء علم موضعه وخبره أتى كتابه او فقد وانقطع خبره ولم يعلم موضعه واشترط اكثرهم ان يكون بعيد لمسافه معينه واختلفوا في تقديرها وخالفهم المالكيه بقولهم: ان الغائب في اصطلاح الفقهاء هو من علم موضعه.[5]

ثالثا: تعريف الغيبة قانونا

أشار المشرع الجزائري إلى الغائب وذلك من خلال نص المادة 109 من قانون الاسرة الجزائري" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته او موته ولا يعتبر مفقود الا بحكم."[6]

بناء على نص هذه المادة يعتبر الشخص غائبا إذا لم يتمكن من معرفه مكانه وعدم التيقن من حياته ويصدر حكم قضائي يقضي بفقدانه.

---

1 محمد رأفت عثمان ،عقد الزواج واركانه وشروطه وصحته في الفقه الاسلامي ،دار الكتاب الجامعي ،ص282

2 ابن منظور محمد بن مكرم بن منظور الافريقي ،لسان العرب ،ط1،دار صادر بيروت ،ص3349

3 أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ،المرجع السابق ص864

4 فراس سعدون فاضل ،غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح،مجلة كلية العلوم الاسلامية ،العدد12،المجلد6،الموصل،العراق، 1433ه/2012م،ص4

5 افلالي صبرينة ،خيموري عزيزة ،المركز القانوني للمفقود والغائب في قانون الاسرة الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ،جامعة محمد الصديق بن يحي ،جيجل ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2016/2015،ص7،ص8

6 المادة109 من قانون الأسرة الجزائري

إلا أن المشرع أضاف تعريفا آخر للغائب وذلك من خلال نص الماده 110 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص على أن" الغائب الذي منعته ظروف قاهره من الرجوع الى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه او بواسطه مدة سنه وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر مفقودا"[1]

بناء على نص هذه المادة التي وضحت الغائب أكثر وتمت التفصيل فيه فالغائب حسب قانون الاسرة الجزائري هو الذي منعته ظروف قاهره أقوى من إرادته وتسببت في عدم الرجوع الى محل اقامته مما يؤدي غيابه إلى إحداث الضرر بالغير.

الفرع الثاني: أنواع الغيبه

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الغيبة الى نوعين غيبه قريبه وغيبه منقطعة

أولا: الغيبة القريبة

وهي الغيبة التي لم تنقطع فيها أخبار ذلك الغائب كمن خرج لتجاره او لحاجه ولم ينوي الإستيطان في تلك البلاد التي سافر اليها واختلفت الآراء في تحديد مسافة الغيبة القريبة وهي كالآتي:

يرى الحنفية والحنابلة أن الغيبة دون مسافة القصر تعد قريبة، قال البهوتي الغيبة المنقطعه فوق مسافة القصر لأن من دون ذلك في حكم الحاضر، فمن خلال كلامه إنما كان دون مسافه القصر كانت غيبته قريبة.[2]

أما المالكية فقد تم التفصيل بحسب غيبة الولي المجبر وغير المجبر فإن كان الولي المجبر وهو الاب ووصيه فغيبته القريبه كعشرة ايام ذهابا، أما الولي الغير مجبر كالاخ والجد في غيبته القريبة كثلاثة أيام في بلد المرأة.[3]

اما مذهب الشافعية فحددو ذلك بمسافة القصر وذلك بمسير اقل من يوم وليله غيبه قريبه كما قال الماوردي (وان كانت غيبته قريبة وهو ان يكون أقل من مسافة يوم وليلة).[4]

ثانيا:الغيبة المنقطعة

يرى مذهب الحنفية والحنابلة أن الغيبة المنقطعة هي التي يكون الولي في بلد لا تصل إليه القوافل في السنه مرة واحدة وعن رواية ابي يوسف حيث قيل فيها: مسيرة شهر فصاعدا.

وقال الخرقي الذي ينتمي الى الحنابلة عن الغيبة المنقطعة "انه من لا يصل إليه الكتاب ولا يصل اليه فلا يجيب "[5]، وتكون والغيبه المنقطعه فوق مسافه القصر خلافه الغيبه القريبه

أما رأي المالكية الذين فصلو بحسب غيبة الولي المجبر وغيبه الولي غير مجبر

إذا كان الغائب هو الولي المجبر هو الأب أو وصيه فإن حد الغيبة كثلايثة أشهر فاكثر.

وإن كان الغائب هو الولي غير المجبر كالاخ والجد فان حد الغيبة المنقطعه اكثر من ثلاثه ايام.[6]

ويرى الشافعية الغيبة على حالتين:

---

1 المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري

2 فراس سعدون فاضل ،غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح،المرجع السابق ،ص10

3 وهبة الزحيلي ،الفقه الاسلامي وأدلته ،ج7،المرجع السابق،ص218،ص219

4 فراس سعدون ،المرجع السابق ،ص11

5 عوض بن رجاء العوفي ،ج2،المرجع السابق ،ص152،ص153،ص154

6 وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص218، ص219

ان لم يعرف مكان الغائب فإن ينقطع خبره ولو كان قريبا وهذه الغيبه المنقطعة
ان عرف مكانه فتكون اكثر من مسافة القصر فهذه غيبة غير منقطعة
والغيبه المنقطعه ضبطوها بقولهم بأن "يفقد وينقطع خبره ولا يعلم مكانه" وقد قسموها الى غيبه ظاهرها السلامة ومثلوها بالسفر والتجارة وطلب العلم، وأخرى ظاهرها الهلاك مثلوها بالمفقود في الحرب .[1]

الفرع الثالث: أثرغيبه الولي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حد الغيبه التي يجوز فيها للولي الأبعد او السلطان تزويج المرأة، وعليه سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى أثر غيبة الولى في الشريعة الإسلامية ثم إلى موقف المشرع الجزائري من غياب الولي وهي كالآتي:

أولا: أثر غيبة الولي في الشريعة الإسلامية

1/ مذهب الحنفيه: يتفق فقهاء المذهب الحنفي على أن الغيبه التي يجوز لغير الولي الأقرب تزويج المرأة فيها هي الغيبه المنقطعة[2]، فأجازوا لمن هو أبعد أن يزوج المرأة دون السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم "السلطان ولي من لا ولي له" وهذه لها ولي، وكما قال الحنفية إذا غاب الأب مثلا زوجها الجد وهو مقدم على السلطان وحد الغيبة المنقطعة عند الحنفية هو أن يكون الولي في بلاد لا تصل إليها القوافل في السنه مرة واحدة.[3]

وقيل: مسيرة شهر فصاعدًا، وهي رواية عن أبي يوسف
وقيل: من الكوفة الى الرّيّ، وهي رواية عن محمد
وقيل: من الرَقه الى البصره، وهي رواية عن محمد[4]

2/مذهب المالكية: حدد المالكية حد الغيبة القريبة بمسافة عشرة أيام ذهابا، وحد الغيبة البعيدة ثلاثة أشهر أو أربعه على إختلاف القولين، أما الغيبه المتوسطة بين هذين الحدين وهذا كله في غياب الولي المجبر وهو الاب ووصيه اما حد غيبة الولي غير المجبر فحدها ثلاثة أيام فما فوق، فإذا غاب الولي غيبه مسافتها من بلد المرأة ثلاثة أيام ودعت هي إلى كفء فان الحاكم يزوجها لا الأبعد وإن زوجها الأبعد صح الزواج.[5]

3/مذهب الشافعية: يرى فقهاء هذا المذهب أنه إذا غاب الولي الأقرب نسبا أو ولاء ولا وكيل له حاضر بالبلد، زوج المرأة سلطان بلد الزوجة او نائبه لا سلطان غير بلدها ولا الأبعد على الاصح لان الغائب ولي والتزويج حق له.[6]

فالمرأة لا تزوج إلا بإذن الولي الأقرب ولكن لكي لا تتضرر بفوات الكفؤ الراغب ويتعذر الوصول الى الولي لفتنة أو خوف جاز للسلطان أن يزوج بغير إذنه.[7]

---

1 حمزة حسين قطيش الحبابسة،الغيبة المنقطعة و أثرها في الفقه الإسلامي،مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الاسلامية ،الاردن،78محرم1441ه/سبتمبر2019،ص300،ص301
2 عوض بن رجاء العوفي ،ج2،ص152
3 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،الموسوعة الفقهية ،ج31،دار الصفوة للطباعةوالنشرالتوزيع،الكويت،2002،ص322
4 عوض بن رجاء العوفي ،ج2،ص153
5 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،المرجع السابق ،ص323
6وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ،ص218
7 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،المرجع السابق ،ص323،ص324

4/مذهب الحنابلة: وما ذهب إليه مذهب الحنابلة فهو يشبه مذهب الحنفية في هذه المسألة إذ يتفق معه على ان المعتبر في الغيبة إنما هي الغيبة المنقطعه ويختلفون في حدها، وذلك قول الخرقي أنه من لا يصل إليه الكتاب او يصل إليه فلا يجيب[1]، وقيل ما يفوت به كفء راغب.[2]

ثانيا:موقف المشرع الجزائري من غياب الولي

لم يتطرق المشرع الجزائري صراحة عن غياب الولي لأنه ذكر الغائب بصفة عامة وذلك من خلال نص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته او إدارة شؤونه بنفسه بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود" ومن خلال هذه المادة نستنتج أن حد الغيبة عند المشرع الجزائري هو سنة كاملة ولم يحدد هذا الشخص الغائب سواء كان الأب او الجد او الأخ

وكذلك نستنتج أن غياب الولي لا يؤثر في عقد زواج المتولي عليها سواء كانت غيبة قريبة او منقطعة وإن زواجها يتم بحضوره او بغيابه لأن المشرع الجزائري وسع دائرة الأولياء ولم تقتصر على الولي الاقرب فقط سواء للمرأة الراشدة أو القاصر.

فيما يخص المرأة الراشدة نصت المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على أن"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها او أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" فأعطى المشرع الجزائري حرية إختيار الولي للمرأة الراشدة لإنعقاد زواجها.

أما فيما يخص البنت القاصر وذلك من خلال نص المادة 11 الفقرة الثانية من نفس القانون التي نصت على "يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، فمن خلال هذه المادة نستنتج أن القصر كذلك ينعقد زواجهم في غياب الولي الأقرب ولا يؤثر فيه و يتولاهم الاقارب الاولين وفي حالة غيابهم كذلك يكون القاضي ولي من لا ولي له.

المطلب الثالث :أثر تخلف الولي

سنتطرق في هذا المطلب إلى أثر تخلف الولي في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، وإلى أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزئري(الفرع الثاني).

الفرع الأول:أثر تخلف الولي في الشريعة الاسلامية

تخلف الولي في عقد النكاح هو ما يتوقف عليه صحة نكاح المرأة مطلقا سواء سميناه ركنا ام شرطا[3] وذلك الى رأيين :

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أن يبطل العقد بدون ولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فإن فعلت وإن كانت بالغة عاقلة راشدة لم يصح النكاح وأدلتهم في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها وأبي موسى وابن عباس رضي الله عنهم "لا نكاح إلا بولي" [4]، وحديث عائشة رضي الله عنها "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها

1 عوض بن رجاء العوفي ،ج2،المرجع السابق،ص155
2 نفس المرجع ،ص157
3 عوض بن رجاء العوفي ،ج1،المرجع السابق،ص65
4 وهبة الزحيلي ،ج7،ص194،ص195

باطل باطل باطل" فدل هذا الحديث على أنه لابد من إذن الولي لصحة النكاح [1]، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه "لا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها "[2]
وذلك من خلال التفريق بين المرأة الشريفة والدنيئة فإن كانت شريفة فلا يصح نكاحها بدون ولي وان كانت دنيئه وليس لها ولي جاز لها أن يتولى نكاحها رجل من المسلمين.[3]

الراي الثاني:وهو رأي الحنفية وأبو يوسف في ظاهر الرواية ينفذ نكاح حرة مكلفة بالغة عاقله بلا رضا الولي ويشترط لصحة زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفؤا ولا يقل المهر عن مهر المثل، فإذا تزوجت بغير كفء فللولي حق الإعتراض ويفسخه القاضي إلا إذا كانت المرأة حامل وظاهر حملها يسقط حق الولي في الاعتراض وطلب التفريق حفاظا على تربية الأبناء[4]، ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في إذنها، وإذنها صماتها" والأيم إسم المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أم ثيبا[5]

الفرع الثاني:أثر تخلف الولي في قانون الاسرة الجزائري

رتب المشرع الجزائري أثار عند تخلف الولي في عقد النكاح قبل تعديل قانون الأسرة وبعده وذلك من خلال العنصرين التاليين:

أولا: قبل التعديل

كان يعتبر المشرع الجزائري الولي ركنا أساسيا من أركان عقد النكاح وذلك من خلال نص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84ـــ11 حيث نصت هذه المادة على أن "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين والصداق ".

ولقد أخذ برأي المالكية ومن وافقهم من اشتراط الولي في النكاح فلا يجوز للمرأه أن تزوج نفسها بدون ولي.[6]

ويترتب عن تخلف هذا الركن حالتين إما الفسخ او البطلان وذلك من خلال نص المادة32 من قانون الأسرة الجزائري من القانون رقم 84-11 التي نصت على أن "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه .." ،بالإضافة إلى نص المادة 33 من نفس القانون التي نصت على أنه "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين او الصداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ،ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ،ويبطل إذا إختل أكثر من ركن واحد".

فمن خلال نص هذين المادتين نلاحظ ان مشرع جزائري منح سلطه للولي واعتبره ركنا أساسيا في عقد النكاح وإذا تخلف هذا الركن يفسخ النكاح قبل الدخول ولا يكون فيه صداق ،أما إذا تخلف الولي ولم يتم إكتشافه إلا بعد الدخول يثبت بصداق المثل .

ويبطل هذا النكاح إذا اختل أكثر من ركن واحد.

---

1 عبدالرحمان الصابوني ،أحكام الزواج في الفقه الإسلامي،المرجع السابق،ص231
2 وهبة الزحيلي ،ص195
3 عوض بن رجاء العوفي،ج1،المرجع السابق،ص66
4 وهبة الزحيلي،ج7، المرجع السابق،ص194
5 عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق،ص230،ص231
6 نصر سلمان،سعاد سطحي،أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري،دار الهدى،الجزائر،2002،ص120

ثانيا: بعد التعديل

تعرض قانون الأسرة الجزائري ما بين قانون 1984 والأمر 2005 لتغييرا جذريا في المنهج المتبع من قبل المشرع الجزائري والذي كان يعتمد بالدرجه الاولى على أحكام الفقه الاسلامي فبعد أن كان يعتبر الولايه ركنا أساسيا في عقد الزواج بموجب المادة 9 من قانون84-11 المتضمن قانون الاسرة القديم[1].

صارت الولايه شرطا من شروط صحه عقد النكاح وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 9 مكرر والتي نصت على:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتيه:أهليه الزواج ،الصداق ،الولي شاهدان،انعدام الموانع الشرعيه للزواج" .

ولقد حدد المشرع الجزائري الركن الوحيد لعقد النكاح هو رضا الزوجين وذلك وفقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أن "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "،ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري إتبع رأي المذهب الحنفي الذي يجعل من الصيغة الركن الوحيد لعقد النكاح والولي شرط لصحته [2].

وأشار المشرع على أثر تخلف الولي بعد التعديل لقانون الأسرة الجزائري للأمر 2005 من خلال نص المادة 33 من نفس القانون التي نصت على أن "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فمن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قلص من أهمية و دور الولي في عقد النكاح وإعتبره أمرا شكليا فقط ، وحدد أثر تخلفه بالفسخ قبل الدخول، أما بعد الدخول يثبت النكاح بصداق المثل، كأن الدخول صار عنصرا آخر من عناصر العقد الذي كان ناقصا ولما تحقق أصبح العقد صحيحا وغطى عن العنصر المختل وهو تخلف الولي .[3]

وقد نص في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الثانية: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون التى تنص، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب،فأحد الأقارب الأولين وللقاضي ولي من لا ولي له ".

وميز القانون في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري بين حالتين بالنسبة للقصر للأن حضور الولي في نكاحهم واجب.

الحالة الأولى :إذا تم الزواج بدون ولي وفي حالة وجوب الولي بالنسبة للقاصر فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.[4]

---

1 أولال علي حسين،علال آمال، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد7، العدد2، 2022، ص53، ص54

2 أولال علي حسين،علال آمال، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي ، المرجع السابق، ص54

3 اوعامري محمد، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة إشكالية أركان وشروط عقد الزواج، كلية الحقوق،جامعة وهران ،ص65

4 بن عنتر منير، إشكالات الولاية في الزواج بين الفقه و القانون،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر،جامعة محمد بوضياف المسيلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015،ص45

أما في الحالة الثانية إذا تم الدخول بدون ولي في حالة وجوبه وتم الدخول بالمرأة القاصرة فإن عقد النكاح يثبت بمهر المثل[1].

بينما أباح النكاح للمرأة الراشدة وقصر شرط الولي في الحضور فقط، وأعطاها الحرية في مباشرة نكاحها متى كانت راشدة ، وأنها غير ملزمة بإحضار ولي معين فلها أن تختار أي شخص وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الأولى والتي نصت على أن:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحدأقاربها أو أي شخص أخر تختاره".

1 بن عنتر منير،المرجع السابق، ص45

الخاتمة

خاتمة

وفي الختام يتضح لنا أن موضوع الولاية من أهم المسائل التي واجهت الاسرة، ولازالت تواجهها حاليا بسبب تقاليدنا وثقافتنا وديننا الذي سار على أن المرأة لا تعقد زواجها بنفسها ولا تزوج نفسها من الشخص الاخر الا بحضور وليها، فأظهر لنا أنه موضوع له أهميته الكبيرة في الساحة القانونية والشرعية والاجتماعية، فالولاية في عقد النكاح تعتبر ركنا وشرطا أساسيا لإتمام هذا العقد فبما أن قانون الأسرة الجزائري يستمد معظم قواعده من أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة بما يتعلق بالزواج، فإننا تكلمنا على هذا الموضوع وقمنا بالاستعانة كثيرا بقواعد الشريعة، باعتبار الزواج عقد شرعي ديني قبل أن يكون عقد مدني، وبعد البحث الطويل والمستمر في هذا الموضوع فأجد انه علينا أن نبين في النهايةعن بعض النتائج التي توصلنا اليها، والتوصيات التي ننصح بها.

أولا: النتائج

1_ بما أن الولاية تعتبر شرطا من شروط صحة عقد الزواج في انشاء هذه الرابطة في الشريعة الإسلامية فإنها مشروعة وجائزة وثبتت مشروعيتها من الكتاب والسنة.

2_ تتنوع الولاية إلى ولاية قاصرة التي تثبت لكامل الأهلية، وولاية متعدية تعتبر فرع منها التي تعطي للفرد الحق في التصرف في شؤون غيره أما لمن تثبت عليهم الولاية تنقسم الى نوعين ولاية إجبار وولاية اختيار.

3_ إن المشرع الجزائري أخذ بولاية الاختيار وذلك حسب المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري بأن عقد الزواج عقد رضائي بين الزوجين ولا يتم بالإجبار (الرضا ركن أساسي لعقد الزواج)

4_ اتفق الفقهاء على بعض من شروط الولاية واختلفوا في بعضها الاخر حيث اتفقوا في كمال الأهلية واتحاد الدين والذكورة أي الولاية تثبت للرجل ولا تثبت للمرأة، واختلفوا في العدالة والرشد وكون الولي محرما أو مكرها.

5_ لم ينص المشرع الجزائري على شروط الولاية في مواد خاصة سواء قبل التعديل أو بعد التعديل فقد ترك المجال للاجتهاد القضائي لتحديد الشروط.

6_ أخذ المشرع الجزائري بأكثر وأقوى سبب تأثيرا في ثبوت ولاية التزويج ألا وهي القرابة كما هو في الشريعة الإسلامية.

7_ نرى أن الشريعة الإسلامية قد تطرقت بذكر كل ركن من أركان الزواج وبالتفصيل نظرا لقدسية هذا العقد ومن بين هذه الأركان **"الولي"**، بينما المشرع الجزائري بعد تعديله للمادة 11 من قانون الاسرة الجزائري بمقتضى الأمر 05-02 قد ألغى ركن الولي في الزواج وذلك عندما

منح المرأة الحرية في عقد زواجها بذكره في مادته لجملة **"...أو أي شخص تختاره. "** وبالتالي فهذه المادة ذكرت وبوضوح منها ولم تدع مجالا للشك بأن المرأة الراشدة يمكنها الاستغناء عن وليها الشرعي في عقد زواجها ولها أن تختار أي شخص أجنبي حتى ولم تتوفر فيه شروط الولي ليعقد زواجها، وهنا المشرع الجزائري نجده أنه لم يخالف المذهب المالكي فقط وإنما انحرف عن كل المذاهب الإسلامية.

ثانيا: الإقتراحات

1_ من المهم جدا التمسك بتعاليم الدين الإسلامي باعتبارنا دولة مسلمة والإسلام هو دين كل زمان ومكان ولا اختلاف فيه، وخاصة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية فقد فصل فيها أكثر من تفصيل القانون الوضعي في ذلك، لأن سبحانه وتعالى ما حثنا على أمر أو نهانا عنه إلا لحكمة منه سبحانه وتعالى.

2_ نقترح على المشرع الجزائري وضع تعريفات واضحة بخصوص الولي والولاية والتفصيل في هذا الباب لكي لا يكون اللبس أو ثغرات تفتح للقانونيين مجال من التفسيرات المختلفة والشخصية لذلك لابد من ضبط بعض المواد الخاصة بهذا الموضوع.

3_ نقترح على المشرع الجزائري في التعديلات القانونية اللاحقة استرجاع مكانة الولي الشرعية والقانونية، بجعله كما كان سابقا قبل التعديلات ركنا وليس شرطا في عقد الزواج.

4_ اليقظة والحذر في مسألة المصادقة على الاتفاقيات الدولية لأنها قد تشكل قيدا أو عاملا في هدم القيم الأخلاقية والاجتماعية بالنسبة لدولة مسلمة كالجزائر مثل ما فعلت اتفاقية سيداو.

وفي الأخير نرى أن المشرع الجزائري لم يوفق في وضع قانون ملائم لتنظيم شؤون الأحوال الشخصية، ومنها موضوع الولاية في عقد الزواج، وذلك بسبب العشوائية وعدم التنظيم المناسب الذي اعتمدها في سن قوانينه من جهة، وبسبب تأثره أيضا بالقانون المدني الفرنسي من جهة أخرى، ونأمل أن يتدارك ذلك ويقوم ببعض التعديلات القادمة التي تكون مناسبة للمجتمع الجزائري ولا تتنافى أيضا مع التشريع الإسلامي لأن الله لا يحثنا على شيء أو ينهانا عنه إلا لحكمة لا يعلمها إلا هو وحده سبحانه وتعالى.

أولا:المصادر

- ❖ القرآن الكريم.

2. السنة النبوية الشريفة.

القواميس والمعاجم:

1. ابن منظور(أبي الفضل جمال الدين محمدبن مكرم)، لسان العرب، ج15، ط3، دار صادر، بيروت، 1414 ه
2. ابي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري راجعه د/محمد محمد تامر، تاج اللغة وصحاح العربية، مجلد1، دار الحديث، القاهرة.

النصوص القانونية:

1. قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404ه الموافق ل09يونيو 1984م والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.
2. قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404ه الموافق ل09يونيو 1984م،والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 18محرم1426ه الموافق ل27 فبراير 2005م،ج.ر.ج.ج،ع15،ص.ت27فيفري 2005م،الموافق ل18محرم 1426ه.
3. الأمر رقم75-58المؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر1975و المتضمن القانون المدني،المعدل و المتمم بالأمر رقم07-05 المئرخ في25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل3 مايو 2007،(ج.ر.ج.ج.العدد31،الصادر بتاريخ25ربيع الأول1428ه/13مايو2007م).

الكتب:

1. أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تحقيق سامي بن محمد السلامة، تفسير القران الكريم، ج1، 700ه/747ه.
2. أحمد الحصري، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، دون سنة الطبع.
3. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج2، بغداد، دون سنة الطبع.
4. أحمد جبر عبد ربه جحيش، الولاية في النكاح (ومايترتب عليها من احكام)، دار اعادة هندسة الفكر، ط1، 2008م.
5. أحمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، 1988م.
6. اسماعيل ابا بكر البامري، احكام الاسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، ط1، دار الحامد، عمان، 2008 .
7. اسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني الأحوال الشخصية، فقه النكاح، دار المسيرة والطباعة، عمان 2010 .

8. بلحاج العربي، احكام الزوجية واثارها في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
9. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة مدعمة بالادلة الشرعية وقانون الاسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة والنشر.
10. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
11. حافظ محمد انور، ولاية المراة في الفقه الاسلامي، دار بلنسية للنشر و التوزيع، ط1، السعودية، الرياض، 1420ه .
12. داودي عبد القادر، احكام الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البصائر، الجزائر2010م.
13. رمضان الشرنباصي، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيرزت، لبنان ـ
14. عبد الرحمن الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الاسلامي، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، دولة الامارات العربية المتحدة ،2000م.
15. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 2، دار هومة، الجزائر،2009 .
16. عبد العظيم شرف الدين، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الزواج، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ش، م، م، الطبعة الأولى، مصر .
17. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية.
18. عبد الكريم الخضير، كتاب النكاح والطلاق، باب إستئذان البكر والأيم في أنفسه
19. عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني في فقه الامام أحمد، الطبعة 1، بيروت، دار الفكر، 1405ه.
20. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط3، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1424ه/2004م .
21. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج1، ج2، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1423 ه/2002م.
22. عيسى حداد، عقد الزواج (دراسة مقارنة)، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
23. فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء 1.
24. محمد ابو الزهرة، الاحوال الشخصية، الولاية على النفس، ط3، دار الفكر العربي، 1957.
25. محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، دار التقوى، شبر الخيمة، القاهرة، مصر 2001 م.
26. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج واركانه وشروطه وصحته في الفقه الاسلامي، دار الكتاب الجامعي .
27. محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الإعتصام، القاهرة.

28.محمد عرفة شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، طبع بدار إحياء الكتب العربية .
29.محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983م.
30.مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، 1424ه/2004م
31.الموطأ مع شرح الزرقاني الحج، باب نكاح المحرم (272/2).
32.ناصر احمد ابراهيم، موقف الشريعة الاسلامية من تولي المراة عقدالنكاح، دراسة فقهية مقارنة .
33. نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2002م.
34. نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011م، 1422هـ.
35.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط2، ج7، دار الفكر للطباعة والتوزيع، دمشق، سورية، 1405ه.1985م .
36.وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ط1,ج8،دار الفكر، دمشق، 2010 .

المذكرات والرسائل الجامعية:

1. سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الاسلامي، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014/10/22م.
2. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم الاسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2008م/2009م.
3. سهاد حسن البياري، عضل المراة في النكاح، رسالة الحصول على درجة الماجستر، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، 1428ه/2007م.
4. افلالي صبرينة، خيموري عزيزة، المركز القانوني للمفقود والغائب في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.
5. بن عنتر منير، إشكالات الولاية في الزواج بين الفقه و القانون، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة_كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015
6. الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016/2015
7. مراح سعيد، ولاية التزويج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق جامعة مستغانم، 2017.

المقالات والمجلات:

8. أحمد المحيبلي، والدكتور عبد الرحمان البالول، تقديم الولي الأبعد مع وجود الأقرب في النكاح، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، المجلد38، العدد134، مارس2021.
9. أحمد حامد الهاشمي، عضل الولي في عقدالزواج بعد تعيين مرتبته في قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة.
10. أوعامري محمد، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة إشكالية أركان وشروط عقد الزواج، كلية الحقوق، جامعة وهران.
11. أولال علي حسين، علال آمال، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد7، العدد2، 2022.
12. بقة عبد الحفيظ، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري "مجلة الحقوق والعلوم السياسية"، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الثالث والعشرون،23جوان2015.
13. حمزة حسين قطيش الحبابسة، الغيبة المنقطعة وأثرها في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الاسلامية، الاردن، محرم1441ه/سبتمبر2019.
14. فراس سعدون فاضل، غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح، مجلة كلية العلوم الاسلامية، العدد12، المجلد6، الموصل، العراق، 1433ه/2012م.
15. محسن عبد فرحان الجميلي، الولاية على السفيه في النكاح في الفقه الاسلامي، مجلة مداد الاداب، العدد الخامس، كلية الاداب الجامعة العراقية، بغداد، العراق.

الفهرس

الموضوع الصفحة

مقدمة.....أ- ث
الفصل الاول: ماهية الولاية في عقد النكاح 5
المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد النكاح 6
المطلب الاول: تعريف الولاية في عقدالنكاح 6
المطلب الثاني: مشروعية الولاية في عقد النكاح 10
المطلب الثالث: أنواع الولاية في النكاح 13
المبحث الثاني : شروط الولاية في عقد النكاح وأسبابها 22
المطلب الأول: شروط الولاية في عقد النكاح..... 22
المطلب الثاني: أسباب الولاية في عقد النكاح 27
الفصل الثاني: المركز القانوني والشرعي للولي في عقد النكاح..... 34
المبحث الأول: دور الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري..... 34
المطلب الأول: حقوق الولي في عقد النكاح 35
المطلب الثاني: واجبات الولي في عقد النكاح 37
المبحث الثاني: حالات انتقال الولاية للابعد واثر تخلف الولي 51
المطلب الأول: عضل الولي 51
المطلب الثاني: غيبه الولي 58
المطلب الثالث :أثر تخلف الولي 63
الخاتمة.....68
قائمة المصادر والمراجع.....72
الفهرس..... 79

الملخص

إن موضوع الولاية في عقد النكاح من أهم المواضيع التي لها دور في انعقاد هذا العقد والتي تحضى بمكانة خاصة ومميزة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الذي كان يعتبر الولي ركن من أركان عقد النكاح وذلك وفقا لقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11.

لكن بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بالأمر 05- 02 الذي لاحظ تغييرا جذريا وتضمن احكاما دخيله عن المشرع الجزائري وأصبح الولي شرط من شروط انعقاد عقد النكاح واصبح الركن هو الرضا المتمثل في الإيجاب والقبول بين الزوجين واختصر دور الولي في حضور مجلس العقد فقط دون أن يكون له أي رأي.

وبهذا نلاحظ أن المشرع جزائري تخلى عن رأي الجمهور الذي كان يعتبر الولي ركن من أركان عقد النكاح، واتبع رأي المذهب الحنفي الذي يعتبر الولي شرط من شروط صحة عقد النكاح.

Resumé:

Le sujet de paternal considére l'acte de mariage l'un des sujets les plus importants qui jouent un rôle primordiale dans la convention de l'acte et une place spécifique et exceptionnel dans la jurisprudence islamique et loi de famille algérienne dont elle a considéré le parent un corner essentiel de l'acte de mariage, cela a été dans l'ancienne loi de famille algérienne n 11-84 mais, après la dernière réforme de loi algérienne n 02-05 où il y a un changement radical et des jugés intrus de législateur algérien où le parent est devenu l'une des conditions de convention de l'acte de mariage et le corner est la satisfaction positive et l'accepte des conjoints et le rôle de parent a été confine , diminuisé seulement dans la presence de conseil de convention et il ne donne aucun avis .